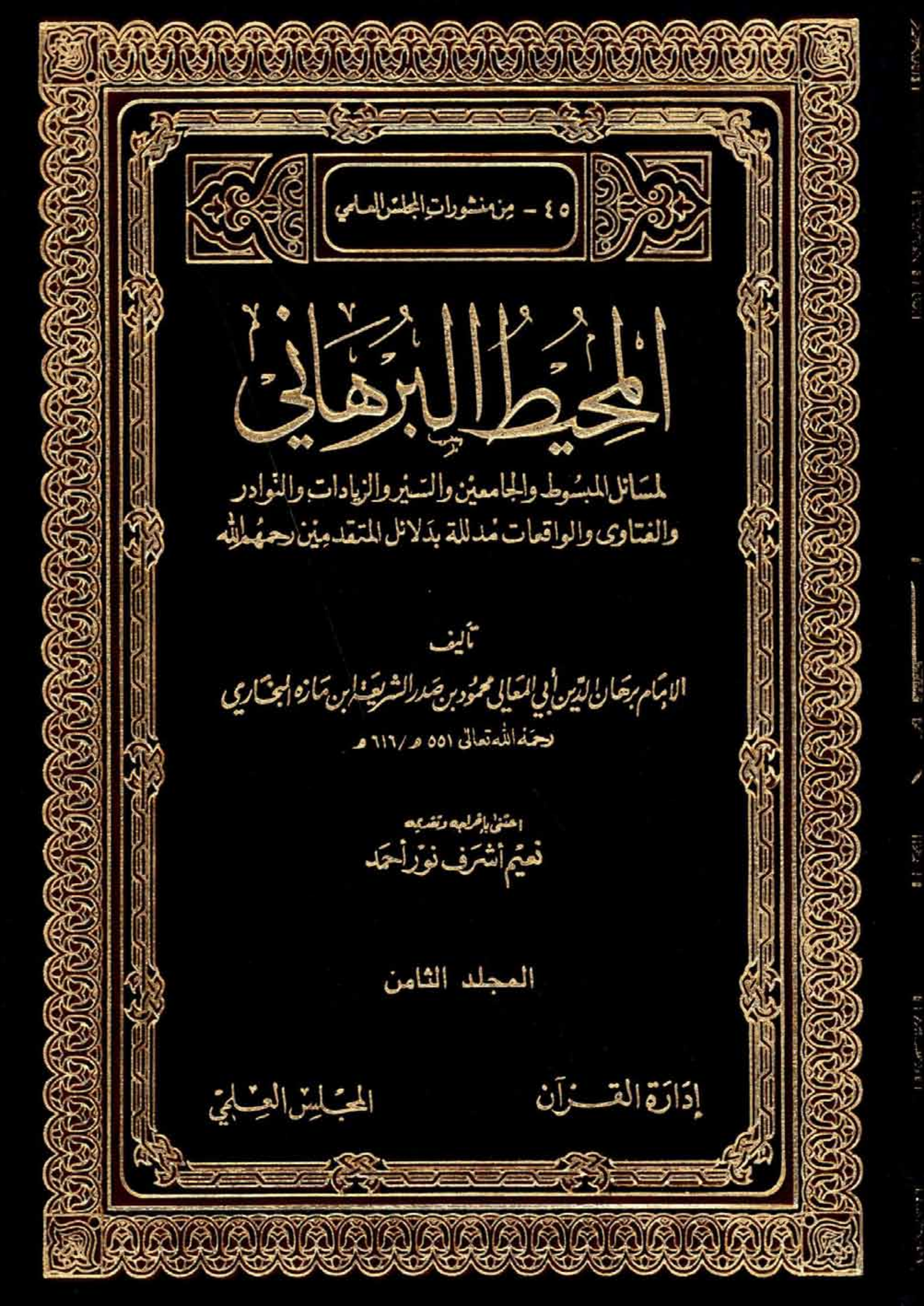

٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ
اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد الثامن
إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة في العالم الإسلامي

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دی گاردن إيست لسبيله كراتشي ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف : ٧٢١٦٣٨٨ فاكس : ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
* اردو بازار، ایم اے جناح روڈ کراتشي تلفون : ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

طبع في مؤسسة نزيه كركي — بيروت — لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض ، السعودية

الفصل الخامس
فى المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه شيء من القرآن نحو الدراهم والقرطاس، أو كتب فيه ذكر الله تعالى

٩٤٥٩- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب قوله : لا بأس يدل على أن المستحب غيره ، وهو الصرف إلى الفقراء ، إلا أنه إن فعل لا يأثم ولا يؤجر عليه ، ومن العلماء من قال : إن نقش المسجد قربة حسنة ، ومن العلماء من قال : هو مكروه[١] .

حجة من قال : إنه مكروه ، قوله عليه الصلاة والسلام : «من أشراط الساعة تزيين المساجد»[٢] . وعن على رضى تعالى عنه : أنه مر بمسجد مزخرف ، فقال : لمن هذه البقعة؟ وعن عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه : أنه لما رأى ما لا ينقل إلى مسجد المدينة ، قال : المساكين أحوج إلى هذا من الأساطين .

وجه قول من قال : إنه قربة ما روى أن داود عليه السلام بنى مسجد بيت المقدس ، ثم سليمان عليه الصلاة والسلام أتمه بعده وزينه حتى نصب الكبريت الأحمر على رأس القبة ، وكان ذلك من أعز ما يوجد فى ذلك الوقت ، ولأن فيه ترغيب الناس فى الاعتكاف والجماعة ، وفيه تعظيم بيت الله تعالى وتقدس .

والأصح[٣] قول علماءنا رحمهم الله تعالى : إنه ليس بقربة ، إلا أنه لايكره . أما إنه ليس بقربة ، فإن مسجد رسول الله ﷺ بالمدينة كان مسقفًا من جريد النخل ، حيطانه من الحجر ، فقيل لرسول الله ﷺ : ألا نزيده لك؟ فقال : لا ، بل عريش كعريش موسى صلوات الله عليه وسلامه[٤] ، وكان يكف إذا حل به المطر . قال أبو سعيد رضى الله تعالى عنه : رأيت يسجد فى

---

(١) ورد فى نسخة "ظ" : إنه مكروه .

(٢) ذكره ابن حجر فى "سبل السلام" (١/ ١٥٨) ابن رواية ابن عباس أخرجها أبو داود ، و صحّحه ابن حبان بلفظ : «تشييد المساجد» .

(٣) ورد فى "م" : والأصح على ذلك قول علماءنا .

(٤) رواه عبد الرزاق فى "مصنفه" (٥١٣٥) : باب تزيين المساجد والممر فى المسجد ، والدارمى فى "سننه"

ماء وطين . فدل أنه ليس بقربة إلا أنه لا بأس به ؛ لما روينا من الأحاديث ، ولما روى أن عثمان رضى الله تعالى عنه رفع بنا مسجد رسول الله ﷺ وزاد فيه وزينه وفرش الحصى فيه على هيئته اليوم ، فدل أنه لا بأس به .

وكره بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى النقوش على المحراب حائط القبلة ؛ لأن بذلك يشتغل قلب المصلى إذا نظر فيه ، وروى أنه أهدى إلى رسول الله ﷺ ثوب معلم ، فصلى فيه ثم نزعه ، فقال : كان يشغلنى علمه عن بعض صلواتى .

وذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى فى "شرح السير الكبير" : أن تنقيش الحيطان مكروه ، وقال محمد رحمه الله تعالى : وأكره أن تكون قبلة المسجد إلى المخرج ، أو الحمام ، أو القبر .

٩٤٦٠- يجب أن يعلم بأن جهة القبلة جهة يجب تعظيمه ، والتحرز عن الاستخفاف بها ، جاء عن النبى ﷺ أنه نهى أن يبزق الرجل فى وجه الكعبة[١] ، وإن كان بقرب القبلة أنجاس وأرجاس ، فذلك استخفاف بالقبلة ، وعن هذا قلنا : إن من صلى ، وقدامه عذرة أو بول يكره .

ثم تكلم المشايخ فى معنى قول محمد رحمه الله تعالى : أكره أن تكون قبلة المسجد إلى الحمام ، قال بعضهم : لم يرد به حائط الحمام ، وإنما أراد به المحمم ، وهو الموضع الذى يصب فيه الحميم ، وهو الماء الحار ؛ لأن ذلك موضع الأنجاس ، واستقبال الأنجاس فى الصلاة مكروه على ما تقدم ذكره . وأما إذا استقبل حائط الحمام فلم يستقبل الأنجاس ، وإنما يستقبل الحجر والمدر فلا يكره ، .

وكذلك تكلموا فى معنى قوله : أكره أن تكون قبلة المسجد إلى المخرج ، قال بعضهم : أراد به نفس المخرج ، وقال بعضهم : أراد به حائط المخرج . وتكلموا أيضًا فى معنى الكراهة

---

(٣٨) : باب ما أكرم النبى ﷺ بحنين المنبر ، وأحمد بن حنبل فى ١/ ١٨٤ فى الورع ، وذكره أبو شجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٤١٣٦) ، والهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٢/ ١٦ : باب فى المساجد المشرفة والمزينة .

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٣٩٧) : باب حك البزاق باليد من المسجد ، ومسلم فى "صحيحه" (٥٥٢) : باب النهى عن البصاق فى المسجد ، وابن خزيمة فى "صحيحه" (١٣٠٨) : باب النهى عن البزاق فى المسجد إذا لم يدفن ، والمسند المستخرج على صحيح مسلم (١٢١٢) : باب النهى أن يبزق الرجل أمامه فى الصلاة ، والترمذى فى "سننه" (٥٧١) : باب ما جاء فى كراهية البزاق فى المسجد ، والدارمى فى "سننه" (١٣٩٥) : باب كراهية البزاق فى المسجد ، والبيهقى فى "الكبرى" (٣٤٠٣) : باب البزاق فى المسجد خطيئة ، وأبو داود فى "سننه" (٤٧٤) : باب كراهية البزاق فى المسجد ، والنسائى فى "الكبرى" (٨٠١) .

إلى القبر، قال بعضهم : لأن فيه تشبه باليهود ، وقال بعضهم : لأن فى المقبرة عظام الموتى ، وعظام الموتى أنجاس وأرجاس .

وهذا كله إذا لم يكن بين يدى المصلى وبين هذه المواضع [حائط أو سترة ، وأما إذا كان لايكره ، ويصير الحائط فاصلا ، وإذا لم يكن بين المصلى وبين هذه المواضع][1] سترة فإنما يكره استقبال هذه المواضع فى مسجد الجماعات . فأما فى مسجد البيوت فلا يكره ؛ إذ ليس لمساجد البيوت حكم المساجد على الإطلاق . ألا ترى أنه يدخلها الجنب من غير كراهة ، ويأتى فيه أهله ، ويبيع ويشترى من غير كراهة .

٩٤٦١- قال محمد رحمه الله تعالى : وتكره المجامعة والبول فوق المسجد ؛ لأن لسطح المسجد حكم المسجد ، وهذا لما عرف أن حكم المسجد ثابت فى الهواء والعرضة جميعًا ، فلهذا قلنا : إن من قام على سطح المسجد مقتديا بإمام فى المسجد وهو خلف الإمام يجوز ، والمعتكف إذا صعد سطح المسجد لا ينتقض اعتكافه ، ولايحل للحائض والجنب والنفساء الصعود على سطح المسجد ، فعلم أن لسطح المسجد حكم المسجد ، ثم لا يجوز المجامعة والبول فى المسجد فكذا فوقه .

٩٤٦٢- قال محمد رحمه الله تعالى : ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد يريد المكان المعد للصلاة ، وهذا لأن كل مسلم مندوب إلى أن يتخذ فى بيته مسجدًا يصلى فيه النوافل والسنن ، فقد فعل رسول الله ﷺ ذلك فى بيت جماعة ، قال الله تعالى فى قصة موسى عليه الصلاة والسلام : ﴿ وَاجعَلُوا بُيُوتَكُم قِبلَةً ﴾[2] وقال ﷺ : «لا تتخذوا بيوتكم قبورًا»[3] ، وأراد به أن لا يكون فيها مكان الصلاة ، فثبت أن كل مسلم مندوب إلى أن يعد فيه أى فى بيته مكانًا يصلى فيه ، إلا أن هذا المكان لا يأخذ حكم المسجد على الإطلاق ؛ لأنه باق على حكم ملكه ، له أن يبيعه ، فهو كما لو بال على سطح بيت فيه مصحف وذلك لا يكره فكذا هنا .

٩٤٦٣- والمجامعة والبول فى الموضع المعد لصلاة الجنازة لا ذكر له فى الكتب ، وقد

---

(١) وردت هذه العبارة فى جميع النسخ التى فى أيدينا .

(٢) سورة يونس : الآية ٨٧ .

(٣) أخرجه ابن حبان فى "صحيحه" (٧٨٣) : باب ذكر فرار الشيطان من البيت إذا قُرِئَ فيه سورة البقرة ، وعبد الرزاق فى "مصنفه" (١٥٣٣) : باب اتّخاذ الرجل فى بيته مسجدًا والصلاة ، وذكره أبو الحسن فى "موارد الظمآن" (٦٣٥) : باب صلاة النافلة فى البيت ، وصاحب "التدوين فى أخبار قزين" ٢/ ٣٥٤ ، والعظيم آبادى فى "عون المعبود" ٦/ ٢٤ ، والشوكانى فى "نيل الأوطار" ٢/ ٣٥٤ .

اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يكره؛ لأنه موضع أعد لإقامة الصلاة فيه بجماعة، فيكره المجامعة والبول فيه، كما في الجامع والمساجد التي على قوارير الطريق عند الحياض. وبعضهم قالوا: لا يكره، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، ألا ترى أنه لا بأس بإدخال الميت فيه، وقد أمرنا بتجنب المساجد الموتى، بخلاف الجامع لأنه أعظم المساجد، والمساجد على قوارع الطريق لها حرمة المسجد على الإطلاق.

٩٤٦٤- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": مصلى الجنازة له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء عند انفصال الصفوف، وحرمة دخول الجنب فيه. وكذلك مصلى العيد له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء عند اتصال الصفوف، وحرمة دخول الجنب فيه. وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: الجواب في حق جواز الاقتداء صحيح، فأما في حق دخول الجنب والمرور فيه لا يعطى له حكم المسجد رفقًا بالناس.

٩٤٦٥- قال: ويكره لأهل المسجد أن يغلقوا باب المسجد، لأن المسجد أعد لذكر الله تعالى فيه، قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾(١)، فإذا غلقوا باب المسجد فقد منعوا عن الصلاة والذكر فيه، فدخلوا تحت قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَنَعَ مَسَاجِدَ اللهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾(٢).

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وهذا في زمانهم، أما في زماننا فلا بأس بإغلاق المسجد في غير أوان الصلاة؛ لأنه لا يؤمن على متاع المسجد وثيابه وحصيره من قبل السارق، لأن الغلبة في زماننا لأهل الفساد، والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس، ألا ترى أن النساء كن يحضرن الجماعة في عهد رسول الله ﷺ، ثم منعهن عن ذلك لفساد أحوال الناس، وهو الصواب كذا في مسألتنا.

٩٤٦٦- وفي "الأجناس": رجل بنى مسجدًا في أرض غصب لا بأس بالصلاة فيه، وفي آمالي أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا ينبغي لأحد أن يصلي فيه، ولو جعله طريقًا لا يمر فيه، ولو بنى حانوتًا أو حمامًا لا يستأجر الحانوت والحمام، وله أن يدخل فيه يشتري المتاع.

الطريق إذا كان واسعًا فبنى فيه أهل المحلة المسجد للعامة، ولا يضر ذلك بالطريق، فلابأس بذلك، وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا في دورهم شيئًا من الطريق، ولا يضر ذلك

---

(١) سورة النور: الآية ٣٦.

(٢) سورة البقرة: الآية ١١٤.

بالعامة ليس لهم ذلك، نص عليه في "العيون".

٩٤٦٧- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": مسجد بني على سور المدينة، فلاينبغي أن يصلى فيه، علل الصدر الشهيد رحمه الله تعالى، فقال: لأن السور للعامة، فصار كما لو بنى مسجداً في أرض غصب، وإنه يخالف ما حكيناه عن "الأجناس".

٩٤٦٨- وفي "الأجناس": لا بأس بالنوم في المسجد. وفي "الأصل": لا بأس للمعتكف أن يبيت في المسجد.

وفي صلاة الأثر قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن دكان اتخذ للمسجد، بين المسجد وبينه طريق وهو نائي عن المسجد اتخذ ليصلى عليه في الحر، أيضاعف الأجر بالصلاة عليه كما يضاعف بالصلاة في المسجد؟ قال: نعم. وفي "فتاوى أهل سمرقند": لابأس بمسح الرجل في التراب الذي في المسجد إذا كان مجتمعاً، وكذا بالحصير المحترق والحشيش المجتمع [وأما إذا كان التراب منبسطًا][1]، فقد قال صدر الشهيد المختار ما قاله أبو القاسم الصفار: إنه لا يحل.

٩٤٦٩- وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصلاة في باب الوضوء والغسل بقريب من آخره: ما يفعل في زماننا من موضع البواري في المسجد ومسح الأقدام عليها، فهو مكروه عند الأئمة أجمع.

البزاق في المسجد لا يلقى، لا فوق البواري ولا تحت البواري؛ للحديث: «أن المسجد لينزوي من النخامة»[2] الحديث. وينبغي أن يأخذ النخامة بكمه في المسجد، أو بشيء من ثيابه، وإن اضطر إلى ذلك كان الإلقاء [أولى من الإلقاء تحت البواري؛ لأن البواري ليست][3] فوق البواري من المسجد حقيقة [وإن لها حكم المسجد وما تحت البواري من المسجد حقيقة][4].

وفي كراهة "العيون": إذا كان في المسجد عش الخطاف ويقذر المسجد، لا بأس بأن

---

(١) وردت العبارة في جميع النسخ التي توجد عندنا دون الأصل.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" (٧٤٧): باب من قال: البصاق في المسجد خطيئة، وعبد الرزاق في "مصنفه" (١٦٩١): باب النخامة في المسجد، والعجلوني في "كشف الخفاء" (٧٧٧)، والملا على القارئ في "المصنوع في معرفة الحديث الموضوع" ١/ ٦٧.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يرمى بما فيه تنقية المسجد.

٩٤٧٠- وفى "النوازل" : لا يتخذ فى المسجد بئر الماء، وما كان قديمًا كبئر زمزم يترك كذلك.

٩٤٧١- إذا ضاق المسجد على أهله، وبجنبه أرض لرجل يؤخذ أرضه منه بالقيمة كرهًا، هكذا روى عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أنهم فعلوا بالمسجد الحرام.

٩٤٧٢- الخياط إذا كان يخيط الثوب فى المسجد يكره ذلك؛ لما روى عن عثمان رضى الله عنه : أنه رأى خياطًا يخيط فى المسجد، فأمر به، فأخرج من المسجد. وكذلك الوراق إذا كان يكتب فى المسجد بأجر يكره، فعلى هذا الفقهاء : إذا كانوا يكتبون الفقه بالأجر فى المسجد يكره، وإن كان بغير أجر لا؛ لأنه إذا كان بأجر، فهو على عمل العبد، والمسجد ما بنى لذلك؛ لأنه بيت الله تعالى، هذه الجملة من "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى".

وفى كراهة "العيون" : معلم جلس فى المسجد أو وراق كتب فى المسجد، فإن كان المعلم يعلم بالأجر والوراق يكتب بالأجر لغيره يكره، إلا أن يقع لهما الضرورة.

٩٤٧٣- ويكره أن يجعل الشيء فى كاغذ فيه اسم الله تعالى، بخلاف الكيس يكتب فيه اسم الله تعالى؛ لأن الكيس يعظم، أما الكاغذ والقرطاس يستهان.

متعلم معه خريطة، فيها كتب من أخبار النبى ﷺ، أوكتب من أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أو غيره، فتوسد بالخريطة، إن قصد الحفظ، لا يكره إذ ليس فيه ترك التعظيم، وإن لم يقصد الحفظ يكره؛ لأن فيه ترك التعظيم.

روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى : أنه قال : المصحف لا يورث، وإنما هو للقارى من الورثة، وعندنا يورث كسائر الأموال، إلا أنه لا يقطع فيه؛ لأن المقصود ما فيه وهو القرآن.

٩٤٧٤- سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن كان فى كمه كتاب، فجلس يبول، أيكره ذلك؟ قال : إن أدخله مع نفسه المخرج يكره، وإن اختار لنفسه مبالا طاهرًا فى مكان طاهر لا يكره. وعلى هذا إذا كان فى جيبه دراهم مكتوب فيها اسم الله تعالى، أو شيء من القرآن، أو كان فى هميانه دنانير كتب فيها بسم الله تعالى أو شيء من القران، فأدخلها مع نفسه المخرج يكره. وعلى هذا إذا كان فيه خاتم، وعليه شيء من القرآن مكتوب، أو كتب عليه اسم الله تعالى، فدخل المخرج معه يكره، وإن اتخذ لنفسه مبالا فى مكان طاهر لايكره.

٩٤٧٥- وعنه أيضًا فيمن غرس الاشجار فى المسجد إذا كان يفعل ذلك للظل لا

بأس به، وإن كان يفعل ذلك لبيع الأوراق أو لمنفعة أخرى يكره إذا كانت تضيق على الناس مسجدهم لصلواتهم، أو يقع فيه تفريق الصفوف، قال: بلغنا أن عمر رضى الله تعالى عنه قطع شجرة كانت بقرب الكعبة، وكانت تضيق على القوم فى طوافهم. ورأيت مسألة الأغراس فى المساجد فى موضع آخر، وكان جواب المسألة ثمة أنه إن كان للمسجد فيها نفع لابأس به، وما لا فلا، ونفع المسجد أن يكون المسجد إذا تز وأساطينه لا تستقر، فيغرس الأشجار ليجذب ذلك عروقها، فإن كان كذلك يجوز وما لا فلا، وهذا لأن غرس الأشجار فى المسجد تشبيه له بالبيعة، فلا يجوز ذلك إلا لحاجة. قالوا: ومشايخ بخارى رحمهم الله تعالى إنما جوزوا ذلك فى جامع بخارى لهذه الحاجة.

٩٤٧٦- ولا يمس الجنب المصحف ولا اللوح المكتوب عليه آية تامة من القرآن، والحائض كالجنب، والمحدث يساويهما فيه، ويفارقهما فى القراءة. والوجه فى ذلك أن الجنابة تحل الفم واليد، والحيض كذلك، ولهذا يجب إيصال الماء إلى الفم فى الغسل عن الحيض والجنابة، فكما لا يجوز لهما المس لا يجوز لهما القراءة، فأما الحدث يحل اليد، أما لا يحل الفم، ولهذا لا يجب إيصال الماء إلى الفم فى الوضوء، ففى الحدث يقرأ ولا يمس. فإن غسل الجنب الفم واليد، وأراد أن يقرأ القرآن، ويمس المصحف، ليس له ذلك؛ لأن الجنابة لا تتجزأ ثبوتًا وزوالا، والحدث كذلك. وكما لا يحل لهؤلاء مس الكتابة لا يحل لهم مس البياض، وإن مس المصحف بغلافه، فلا بأس به، والغلاف الجلد الذى عليه المتصل به عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم المنفصل عنه كالخريطة ونحوها؛ لأن المتصل بالمصحف من المصحف، ألا ترى أنه لا يدخل تحت بيع المصحف من غير ذكر.

٩٤٧٧- وإن مس المصحف بكمه أو ذيله لا يجوز عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأن ثيابه تبع ليديه، ألا ترى أنه لو قام على النجاسة فى الصلاة وفى رجليه نعلان أوجوربان لا تجوز صلاته، ولو فرش نعليه، وقام عليهما جاز، وعن هذا قالوا: إذا بسط الرجل كمه على النجاسة وسجد عليه لا يجوز. وأكثر مشايخنا على أنه لا يكره؛ لأن المحرم هو المس، وإنه اسم للمباشرة باليد من غير حائل، ألا ترى أن المرأة إذا وقعت فى طين وردغة، حل للرجل الأجنبى أن يأخذ بيدها من غير حائل ثوب، وكذا لا تثبت حرمة المصاهرة بالمس بحائل.

٩٤٧٨- ويكره للجنب ومن بمعناه مس كتب التفسير، وكذا يكره له مس كتب الفقه وما هو من كتب الشريعة؛ لأنها لا تخلو عن آيات القرآن، وإن لم يكن فيها آيات القرآن ففيها معنى

القرآن. والمشايخ المتأخرون رحمهم الله توسعوا في مس كتب الفقه للمحدث بالكم للضرورة والبلوى.

وكره بعض مشايخنا رحمهم الله دفع المصحف واللوح الذى عليه القرآن إلى الصبيان، وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى لم يروا به بأسًا؛ لأنهم غير مخاطبين بالوضوء، وفى التأخير تضييع حفظ القرآن.

إذا صار المصحف خلقًا بحيث لا يقرأ منه لا يحترق، أشار إليه محمد رحمه الله تعالى فى السير فى باب ما يؤخذ من الغنيمة، فيكره قسمته، وبه نأخذ. ولا يكره دفنه، ومن أراد دفنه ينبغى أن يلفه بخرقة طاهرة، ويحفر لها حفيرة ويلحد ولا يشق؛ لأنه متى شق ودفن يحتاج إلى إهالة التراب عليه، وفى ذلك نوع تحقير، وإستخفاف بكلام الله عزّ وجلّ. وإن شاء غسله بالماء حتى يذهب ماءه، وإن شاء وضعه فى موضع طاهر لا يصل إليه يد المحدثين، ولا يصل الغبار إليه تعظيمًا لكلام الله تعالى.

٩٤٧٩- تصغير المصحف حجمًا، وأن يكتب بقلم دقيق مكروه فى كراهية "واقعات الناطفى".

٩٤٨٠- ويكره مد الرجلين إلى القبلة فى النوم وغيره عمدًا، و كذلك مد الرجلين يكره إلى المصحف وإلى كتب الفقه؛ لما فيه من ترك تعظيم جهة[1] القبلة، وكلام الله تعالى ومعانى كلام الله تعالى.

وإذا كان للرجل جوالق فيها دراهم مكتوب فيها شيء من القرآن، أو كان فى الجوالق كتب الفقه أو كتب التفسير أو المصحف، فجلس عليها أو قام، فإن كان من قصده الحفظ، فلا بأس به، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

٩٤٨١- وإذا كتب اسم الله تعالى على كاغذه، ووضع تحت طنفسة يجلسون عليها، فقد قيل: يكره، وقد قيل: لا يكره، قال: ألا ترى أنه لو وضع فى البيت لا بأس بالنوم على سطحه، كذا هنا [وإذا حمل المصحف أو شيء من كتب الشريعة على دابة فى جوالق، فركب صاحب الجوالق على الجوالق لا يكره][2].

---

(١) ورد فى نسخة "م": تعظيم حرمة القبلة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ومما يتصل بهذا الفصل المجاورة بمكة:

٩٤٨٢- وقد كرهها أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه، وروى هشام عنه أنه كره الجوار بمكة، قال: إنها ليست بأرض هجرة، وروى الحسن عنه أنه كره الجوار بمكة والمقام بها، وكان يقول: هاجر رسول الله ﷺ عنها.

٩٤٨٣- ذكر هشام فى "نوادره" عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنهما قال: أكره إجارة بيوت مكة فى أيام الموسم، وأرخص فيها فى غير أيام الموسم. وهكذا روى هشام عن محمد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى، قال: وكان يقول لهم: أن ينزلوا فى دورهم، قال هشام رحمه الله: وإنما قال لهم: أن ينزلوا فى دورهم؛ لقوله تعالى: ﴿سَوَاءً العَاكِفُ فِيهِ وَالبَادِ﴾[1]، وإنما فرق أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه بين أيام الموسم وغيرها؛ لأن أيام الموسم يزدحم الخلق، وتقع الضرورة فى النزول فى مساكنهم، فأنزل منازلهم، كالمملوك للنازلين من وجه نظرًا لهم ومرحمة لهم، وبعد أيام الموسم لا يزدحم الخلق، ولا تقع الضرورة، فيعاد إلى الأصل. ثم هذه المسألة دليل على جواز إجارة البناء بدون الأرض لأن الإجازة هنا لا ترد على الأرض [عند أبى حنيفة رحمه الله][2] كالبيع، وإنما ترد على البناء، وقد رخص فيها فى أيام الموسم.

---

(١) سورة الحج: الآية ٢٥.

(٢) ورد فى "م".

الفصل السادس
في سجدة الشكر

٩٤٨٤- روى عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى عنه : أنه كان يكره سجدة الشكر، وعن محمد رحمه لله تعالى عنه أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان لايراها شيئًا، وفي القدوري عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه كان يكره سجدة الشكر . قال محمد رحمه الله تعالى : ونحن لا نكرهها ونستحبها، قال محمد : وقد جاء فيها غير حديث . وتكلم المتقدمون في معنى قول محمد رحمه تعالى : وكان أبو حنيفة نعمان بن ثابت رضي الله تعالى عنه لا يراها شيئًا، بعضهم قالوا : معناه لا يراها قربة، وهكذا روى الطحاوي في اختلاف العلماء، وفي القدوري : معناه لا يراها سنة وهو قريب من الأول، وبعضهم قالوا : معناه لا يراها شكرًا تامًّا، فتمام الشكر أن يصلي ركعتين كما فعل رسول الله ﷺ يوم فتح مكة . ولم يذكر محمد رحمه الله قرل أبي يوسف في شيء من الكتب، ذكر القاضي الإمام الزاهد الناسك ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى في "شرح كتاب السير" قول أبي يوسف مع محمد، ومحمد احتج بما روى أن رسول الله ﷺ مر برجل به زمانة، فسجد وأمر أبا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما فسجدا، وعن أبي بكر رضي الله تعالى عنه : أنه لما أتاه فتح اليمامة سجد .

٩٤٨٥- وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول : السجود ركن من أركان الصلاة منفردًا، فلا يتقرب إلى الله تعالى بهذه العبادة على الانفراد تطوعًا قياسًا على القيام المفرد والركوع المفرد . وأما ما روى من الأحاديث فقلنا : يحتمل أن المراد من السجدة المذكورة فيها الصلاة، فأهل الحجاز يسمون الصلاة سجدة، قال الله تعالى : ﴿يَا مَرْيَمُ اقْنُتِي لِرَبِّكِ وَاسْجُدِي﴾[1] أي صلي، وإذا جازت تسمية الصلاة سجدة يحتمل أن يكون المراد من الحديث الصلاة، فلا يكون حجة مع الاحتمال .

وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : لم يرد محمد بقوله . وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى : فكان لا يراها شيئًا، ففي شرعيتها قربة، وإنما أراد به نفي وجوبها ولزومها شكرًا، هذا كما قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير" عن أبي حنيفة رضي

---

(١) سورة آل عمران : الآية ٤٣ .

الله تعالى عنه : إن التعريف الذى يصنعه الناس ليس بشىء ، ولم يرد به نفى شرعيته أصلا ؛ لأنه تسبيح ودعاء ، وإنما أراد به نفى وجوبه كذا ههنا ، فعلى قول هؤلاء يرتفع الخلاف ، ولو أتى بها إنسان لا يكون مكروهًا .

وجه الكراهة على قول النخعى وأبى حنيفة رحمه الله تعالى على ما ذكره القدورى أنه لو فعلها من كان منظورًا إليه ، وظن الظان أنه واجب ، أو سنة متبعة عند حدوث نعمة ، فقد أدخل فى الدين ما ليس منه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : «من أدخل فى الدين ما ليس منه فهو مكروه»[1] .

---

(١) وذكر الزرقانى فى "شرحه" ٤/ ١١٦ : ما يشهد له ، وكذلك الآمدى ٢/ ٢١١ و٢/ ٢١٣ .

الفصل السابع
فى المسابقة

٩٤٨٦- قال محمد رحمه الله تعالى : لا بأس بالمسابقة بالأفراس ما لم يبلغ غاية لايحتملها الفرس ، فجاء فى الحديث : «سابق رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما فسبق رسول الله ﷺ وصلى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما»[1] ، ومعنى قوله : وصلى أبو بكر أنه كان رأس دابة أبى بكر عند صلاة دابة رسول الله ﷺ وهو الذنب . وكذلك لا بأس بالمسابقة بالإبل والرمى ، لحديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه قال : «لا سبق إلا فى خف أو نصل أو حافر»[2] والمراد بالحافر الفرس ، والمراد بالنصل الرمى ، والمراد من الخف الإبل .

فإن شرطوا لذلك جعلا ، فإن شرطوا الجعل من الجانبين فهو حرام ، وصورة ذلك أن يقول الرجل لغيره : تعال حتى نتسابق ، فإن سبق فرسك فرسى أو قال : إبلك ، أو قال : سهمك أعطيتك كذا ، وإن سبق فرسى ، أو قال : إبلى ، أو قال : سهمى أعطيتنى كذا ، وهذا هو القمار بعينه . وهذا لأن القمار مشتق من القمر الذى يزداد وينتقص ، سمى القمار قمارًا ؛ لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه ، أو يستفيد مال صاحبه ، فيزداد مال كل واحد منهما مرة وينتقص أخرى ، فإذا كان المال مشروطًا من الجانبين كان قمارًا ، والقمار حرام ، ولأن فيه تعليق تمليك المال بالخطر ، وأنه لا يجوز .

وإن شرطوا الجعل من أحد الجانبين ، وصورته : أن يقول أحدهما لصاحبه : إن سبقتنى أعطيتنى كذا ، وإن سبقتك فلا شىء لى عليك ، فهذا جائز استحسانًا ، والقياس أن لا يجوز ، وجه القياس أن المال إذا كان مشروطًا من أحد الجانبين إن كان لا يتمكن فيه معنى القمار ؛ لأن المشروط له المال لا يذهب ماله بحال من الأحوال ، والقمار أن يكون كل واحد من

---

(١) أخرجه أبو نعيم فى "حلية الأولياء ٥/ ٧٠٤ ، وذكره ابن حجر فى "تغليق التعليق" ٥/ ٣٤٤ .

(٢) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٢٥٧٤) : باب فى السبق ، والترمذى فى "سننه" (١٧٠٠) : باب ما جاء فى الرهان والسبق ، والنسائى فى "السنن الكبرى" (٤٤٢٦-٤٤٢٧) فى كتاب الخيل : باب ذكر الخيل ، وأحمد فى "مسنده" (٤٧٧٦ و٨٦٧٨ و٨٩٨١) ، والنسائى فى "المجتبى" (٣٥٨٥ و٣٥٨٩) : باب السبق ، وابن أبى شيبة (٣٣٥٦٢) ، والطبرانى فى "الأوسط" (٢١٦٨) ، والبيهقى فى "الكبرى" (١٩٥٣٢) : باب لا تسبق إلا فى خف أو حافر أو نصل .

المقامرين بحال يجوز أن يذهب ما له ويجوز أن يستفيد مال صاحبه، لما ذكرنا من اشتقاق القمار، إلا أن فيه تعليق تمليك المال بالخطر، وإنه لا يجوز، ألا ترى أن الاستباق فيما عدا هذه الأشياء الثلاثة نحو البغال والحمير لا يجوز، وإن كان المال مشروطًا من أحد الجانبين إنما لايجوز؛ لأن فيه تعليق تمليك المال بالخطر.

وجه الاستحسان لما روينا من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه، ووجه الاستدلال به أن النبى ﷺ نفى التسابق عامًا، بقوله: «لا سبق» واستثنى الأشياء الثلاثة بقوله: «إلا فى خف أو نصل أو حافر»، والاستثناء من النفى إثبات، ومن التحريم إباحة، وليس المراد من الحديث ما إذا لم يكن المال مشروطًا أصلا، فإن الاستباق بدون شرط المال جائز فى الأشياء كلها، وليس المراد ما إذا كان مشروطًا من الجانبين؛ لأن ذلك قمار، والقمار حرام بالاجماع وبنص التنزيل، فكان المراد ما إذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين والنص الوارد فى الأشياء الثلاثة إذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين لا يكون واردًا فيما عدا الاشياء الثلاثة؛ لأن فيها نصًا آخر بخلافه، وهو قوله: «لا سبق» نفى السبق، واستثنى الأشياء الثلاثة، ففيما عدا الأشياء الثلاثة ينفى السبق بالنفى العام؛ ولأن الأشياء الثلاثة من آلات الحرفة، وللناس إلى المخاطرة والرهان فى ذلك حاجة، حتى يتعلموا الغزو، ويسددوا الرمى، فأما ما عدا الأشياء الثلاثة فليس من آلات الحرفة، ولا حاجة إلى الرهان فى ذلك.

وكذلك النص الوارد فى الأشياء الثلاثة، إذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين [لايعتبر واردًا فيما إذا كان المال مشروطًا من الجانبين؛ لأن المال إذا كان مشروطًا من الجانبين][(١)]، فالمانع فيه شيئان، القمار وتمليك المال بالخطر، وإذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين فالمانع فيه شىء واحد، وهو تمليك المال بالخطر والجواز عند قلة المانع لايدل على الجواز عند كثرة المانع.

ثم إذا كان المال مشروطًا من الجانبين، فأدخلا بينهما ثالثًا، وقالا للثالث: إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك، فلا شىء لنا، يجوز استحسانًا؛ لانتفاء معنى القمار فى حق الثالث وهو مروى عن سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه.

٩٤٨٧- ثم إذا أدخلا ثالثا، فإن سبقهما الثالث استحق المالين، وإن سبقا الثالث إن سبقا معًا، فلا شىء لواحد منهما على صاحبه؛ لانعدام شرط وجوب المال فيما بينهما، وهو سبق أحدهما على صاحبه، وإن سبقا على التعاقب فالذى سبق صاحبه يستحق المال على صاحبه

---

(١) هكذا ورد فى "ظ".

لوجود الشرط فى صاحبه، وصاحبه لا يستحق المال عليه؛ لانعدام الشرط[١] فى حق صاحبه.

قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب: إدخال الثالث إنما يكون حيلة للجواز إذا كان الثالث يتوهم أن يكون سابقًا ومسبوقًا، وأما إذا كان تيقّن أنه يسبقهما لا محالة أو يتيقن أنه يصير مسبوقًا فلا يجوز؛ لأن القياس أن لا يجوز، وإن انتفى معنى القمار فى حقه؛ لما فيه من تعليق تمليك المال بالخطر، إلا أنا جوزناه بخلاف القياس بالنص، وهو ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من أدخل فرسًا بين فرسين فإن كان يأمن أن يسبق فلا خير فيه وإن كان لا يأمن أن يسبق فلا بأس به»[٢]. فالحديث أفاد الجواز بشرط أن يتوهم أن يكون الثالث سابقًا ومسبوقًا، وما ثبت نصّا بخلاف القياس يراعى فيه جميع الشرائط التى ورد بها النص.

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب المخاطرة فى الاستباق على الأقدام، ولا شك أن المال إذا كان مشروطًا من الجانبين أنه لا يجوز، وإن كان مشروطًا من أحد الجانبين يجب أن يجوز لحديث الزهرى قال: "كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله ﷺ فى الخيل والركاب والأرجل"؛ لأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة أنفسهم كما يحتاجون إلى رياضة الدواب.

٩٤٨٨- وحكى عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى: أنه [إذا وقع الاختلاف بين المتفقهين فى مسألة فأرادوا الرجوع إلى الأستاذ، وشرط أحدهما لصاحبه أنه][٣] إن كان الجواب كما قلت: أعطيك كذا، وإن كان الجواب كما قلت فلا آخذ منك شيئًا، ينبغى أن يجوز على قياس الاستباق على الأفراس.

٩٤٨٩- وكذلك إذا قال واحد من المتفقهة لمثله: تعال حتى نطارح المسائل فإن أصبتَ وأخطأتُ أعطيتك كذا، وإن أصبتُ وأخطأتَ، فلا آخذ منك شيئًا، يجب أن يجوز؛ لأن فى الأفراس إنما جوز ذلك حثّا على تعلم الفروسية، فيجوز هنا أيضًا حثّا على تعلم الفقه؛ لأن كل ذلك يرجع إلى تقوية الدين وإعلاء كلمة الله تعالى، وبه أخذ الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى.

---

(١) ورد فى نسخة "ظ": لانعدام المال فى حق صاحبه.

(٢) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٢٥٧٩): باب فى المحلل، وابن ماجه فى "سننه" (٢٨٧٦): باب السبق والرهان، وأحمد فى "مسنده" (١٠٥٦٤)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٣٣٥٥٢): باب السباق والرهان، والبيهقى فى "الكبرى" (١٩٥٥٥-١٩٥٥٦): باب الرجلين يستبقان بفرسيهما، والدارقطنى فى "سننه" ٤/ ١١١ و٤/ ٣٠٥، والحاكم فى "مستدركه" (٢٥٣٦).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثامن
فى السلام وتشميت العاطس

٩٤٩٠- ذكر فى "النوازل" : إذا أتى إنسان باب دار غيره يجب أن يستأذن ، ثم إذا دخل يسلم ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿لا تَدخُلُوا بُيُوتًا غَيرَ بُيُوتِكُم حَتّى تَستَأنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلى أهلِهَا﴾[1] . والمراد بالاستئناس الاستئذان ، والله تعالى بدأ بالاستئذان قبل السلام . وهذا فى البيوت ، فأما فى الفضاء فيسلم أولا ، ثم يكلم ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «من كلم قبل أن يسلم فلا تجيبوه»[2] . وإذا قال السائل على الباب : السلام عليك ، لا يجب رد السلام ؛ لأن هذا ليس سلام تحية ، بل هو شعار لسؤالهم .

٩٤٩١- قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : إذا مررت على قوم فسلم عليهم ، فإذا سلّمت عليهم وجب عليهم رد السلام . والأصل فى وجوب رد السلام قول الله تعالى : ﴿فَحَيّوا بِأحسَنَ مِنهَا أو رُدّوهَا﴾[3] . واختلفوا فى أن أيهما أفضل أجرًا ، قال بعضهم : الراد أفضل أجرًا ؛ لأن رد السلام واجب [والسلام][4] ابتداء ليس بواجب ، ولا شك أن الآتى بالواجب أفضل أجرًا . وقال بعضهم[5] : المسلم أفضل أجرًا ؛ لأنه سابق ، والسابق له فضل السبق .

٩٤٩٢- والأفضل للمسلم أن يقول : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، والمجيب كذلك يرد ، ولا ينبغى أن يزاد على البركات شيء ، قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما : "لكل شيء منتهى ومنتهى السلام البركات"[6] .

ويسلم الماشى على القاعد ، والصغير على الكبير ، والراكب على الماشى ، ويسلم الذى

---

(١) سورة النور : الآية ٢٧ .

(٢) ذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٨/ ٣٢ بمعناه : باب فيمن سأل ولم يسلم ، والحكيم الترمذى فى "نوادر الأصول" ٢/ ١٧٥ ، والمناوى فى "فيض القدير" ٤/ ١٥٠ .

(٣) سورة النساء : الآية ٨٦ .

(٤) أثبت من "ظ" .

(٥) ورد فى نسخة "ف" : وقال أكثرهم : المسلم أفضل .

(٦) ذكره القرطبى فى تفسيره ٩/ ٧١ .

يأتيك من خلفك، وإذا التقى الرجلان ابتدرا بالسلام، نقل ذلك عن عطاء رحمه الله تعالى. وقال الحسن فى قوم يستقبلون قومًا : يبدأ الأقل بالأكثر.

وفى حديث يزيد بن وهب رضى الله تعالى عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : «يسلم الراكب على الماشى والماشى على القاعد والقليل على الكثير»[١]. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : إذا دخل جماعة على قوم فإن تركوا السلام فكلهم آثمون فى ذلك، وإن سلم واحد منهم جاز عنهم جميعًا، وإن سلم كلهم فهو أفضل، وإن تركوا الجواب فكلهم آثمون، وإن ردّ واحد منهم أجزأهم. به ورد الأثر، وهو اختيار الفقيه أبى الليث، وإن أجاب كلهم فهو أفضل. وقال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى : يجب الرد على الكل، ولا نأخذ به.

٩٤٩٣- وينبغى للمجيب إذا رد السلام أن يسمع المسلم حتى لو لم يسمعه لايكون جوابًا، ولا يخرج عن العهدة. ألا ترى أن المسلم إذا سلم ولم يسمع لايكون سلامًا، فكذا إذا رد المجيب ولم يسمع لا يكون جوابًا، فإن كان المسلم أصم ينبغى أن يريه تحريك شفتيه، وكذلك فى جواب العطسة.

٩٤٩٤- وينبغى للمسلم إذا سلم على غيره أن يسلم بلفظ الجماعة؛ لأن المخاطب لا يكون وحده بل يكون معه الملائكة، وكذلك المجيب [إذا أراد الجواب ينبغى أن يذكر بلفظ الجماعة لما قلنا.

٩٤٩٥- وفى "النوازل" : رجل جالس مع قوم، سلّم عليهم رجل وقال : السلام][٢] عليك، فرده بعض القوم، ينوب ذلك عن الذى سلم عليه المسلم، ويسقط عنه الجواب، يريد به إذا أشار إليهم ولم يسم. علّل فقال : لأن قصده التسليم كله.

ويجوز أن يشار إلى الجماعة بخطاب الواحد، هذا إذا لم يسم ذلك الرجل، فأما إذا سماه فقال : السلام عليك يا زيد! فأجابه غير زيد، فلا يسقط الفرض عن زيد وإن لم يسمّ، وأشار إلى زيد يسقط؛ لأن قصده التسليم على الكل، ذكر هذه الزيادة فى "فتاوى أهل

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٥٨٧٨) : باب يسلم الراكب على الماشى، ومسلم فى "صحيحه" (٢١٦٠) : باب يسلم الراكب على الماشى والقليل على الكثير، وأبو داود فى "سننه" (٥١٩٨) : باب من أولى بالسلام، والترمذى فى "سننه" (٢٧٠٣) : باب ما جاء فى تسليم الراكب على الماشى، والدارمى فى "سننه" (٢٠٦٣٢) : باب تسليم الراكب على الماشى، وأحمد فى "مسنده" (١٠٦٣٢-١٠٦٣٣)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٥٨٦٩) : فى الراكب يسلم على الماشى، والحارثى فى "مسنده" (٨٠٥) : باب السلام.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

سمرقند".

وحكى عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى: أن بعضا من العلماء من أصحاب أبى يوسف رحمه الله تعالى كان إذا مر فى السوق لم يقل: السلام عليكم، ولكن قال: سلام الله عليكم، فقيل له فى ذلك، فقال: التسليم تحية، وإجابة التحية فرض، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحسَنَ مِنهَا أو رُدُّوهَا﴾[١]، فإذا لم يحيونى لزمنى الأمر بالمعروف. فأما سلام الله تعالى [عليهم فدعاء، وليس بتسليم، فلا يلزمه شيء، ولا يلزمنى الأمر بالمعروف، فأختار سلام الله تعالى][٢].

٩٤٩٦- لهذا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى التسليم على الصبيان، قال بعضهم: لا يسلم عليهم، وهو قول الحسن. وهذا لأن رد السلام فرض، والصبى لا يلزمه الفرائض، فلايلزمه رد السلام، فلا يسلم عليه لهذا. وقال بعض المشايخ: التسليم عليهم أفضل، وهو قول شريح. قال الفقيه: وبه نأخذ، وقد روى عن أنس ابن مالك رضى الله تعالى عنه خادم رسول الله ﷺ أنه قال: «كنت مع الصبيان إذ جاء رسول الله ﷺ وسلّم علينا»[٣].

٩٤٩٧- وأما التسليم على أهل الذمة فقد اختلفوا فيه أيضًا، قال بعضهم: لا بأس به؛ لما روى عن أبى أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه أنه قال: "أمرنا رسول الله ﷺ بإفشاء السلام على كل مسلم ومعاهد"[٤]. وقال بعضهم: لا يسلم عليهم؛ لما روى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا نسلم على اليهود والنصارى والمجوس»[٥]، وهذا إذا لم يكن للمسلم حاجة إلى الذمى، فإن كانت للمسلم حاجة، فلا

---

(١) سورة النساء: الآية ٨٦.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أخرجه مسلم فى "صحيحه" (٢١٦٨): باب استحباب السلام على الصبيان، وأبو عوانة فى "مسنده" (٨٥٥٤)، والترمذى فى "سننه" (٢٦٩٦): باب ما جاء فى التسليم على الصبيان، والدارمى فى "سننه" (٢٦٣٦): باب فى التسليم على الصبيان، وأحمد فى "مسنده" (١٣٤٥ و١٣٦٧٩).

(٤) أخرجه مسلم فى "صحيحه" (٥٤): باب بيان أنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون وأن محبة المؤمنين من الإيمان وأنّ إفشاء السلام سبب كحصولها، وأحمد فى "مسنده" (١٤١٢)، والطيالسى فى فى "مسنده" (١٩٣)، والحاكم فى "مستدركه" (٤٢٨٣)، وأبو نعيم فى "المسند المستخرج على صحيح مسلم (١٩٠): باب قوله: «لاتدخلون الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنون حتى تحابّوا».

(٥) أخرجه معمر بن راشد فى "جامعه" (١٩٤٥٧) ما يشهد له: باب السلام على أهل الشرك والدعاء لهم، وشرح الطحاوى فى "معانى الآثار" ٤/ ٣٤١: باب السلام على أهل الكفر، والبيهقى فى "شعب

بأس بالتسليم عليه ؛ لأن النهى عن السلام لتوقيره ، ولا توقير للذمى إذا كان السلام لحاجة . ويكره مصافحة الذمى ؛ لأن فيه توقير الذمى .

٩٤٩٨- ولا بأس برد السلام على أهل الذمة ، ولكن لا يزاد على قوله : وعليكم. روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ : أنه قال : «إن اليهود إذا سلّموا عليكم فقولوا وعليكم»[١] قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : إذا مررت بقوم وفيهم كفار ، فأنت بالخيار إن شئت قلت : السلام عليكم وتريد به المسلمين ، وإن شئت قلت : السلام على من اتبع الهدى . قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب : إذا كتبت إلى يهودى ، أو نصرانى فى حاجة ، فاكتب : "السلام على من اتبع الهدى" .

٩٤٩٩- وإذا دخل الرجل بيته يسلم على أهل بيته ، فإن لم يكن فى البيت أحد يقول : السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، رواه سعيد عن عبادة .

٩٥٠٠- وإذا مر رجل بالقارى فلا ينبغى أن يسلِّم عليه ؛ لأنه يشغله عن قراءة القرآن ، فإن سلّم مع ذلك تكلموا فيه ، واختار الصدر الشهيد أنه يجب عليه الرد ، وهكذا حكى اختيار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى ، بخلاف السلام فى وقت الخطبة ، هكذا ذكر فى "واقعاته" .

ورأيت فى فوائد الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى : إذا سلم رجل على الذى يصلى ، أو يقرأ القرآن ، روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يردّ السلام بقلبه ، وعن محمد رحمه الله تعالى يمضى على القراءة ، ولا يشغل قلبه كما لا يشغل لسانه . وفى الأصل : ولا ينبغى للقوم أن يشمّتوا العاطس ، ولا أن يردوا السلام -يعنى وقت الخطبة- .

وفى صلاة الأثر [روى محمد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنهم يردون ويشمّتون العاطس ، وتبين بما ذكر فى صلاة الأثر][٢] أن ما ذكر فى "الأصل" قول محمد. قالوا : الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى هذا بناء على أنه إذا لم يرد السلام فى الحال ، هل يرد بعد الفراغ من الخطبة؟ على قول محمد يرد ، وعلى قول أبى يوسف لا يرد ، ولما كان من مذهب محمد رحمه الله تعالى الرد بعد السلام ، لو اشتغل [بالسماع يتأخر رد

الإيمان" (٨٩٠٣) : فصل فى السلام على أهل الذمة .

(١) أخرجه عبد الرزاق فى "مصنفه" (٩٨٤٠) : باب ردّ السلام على أهل الكتاب ، والنسائى فى "عمل اليوم والليلة" (٣٧٨ و٣٧٩ و٣٨٠) : باب ما يقول لأهل الكتاب : إذا سلموا عليه ، وذكره المبارك فورى فى "تحفة الأحوذى" (١٢) : باب ما جاء فى التسليم على أهل الذمة .

(٢) وردت هذه العبارة فى نسختى "ظ" و "م" .

السلام ولا يفوته، والتأخير أهون من التفويت. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لما كان لا يمكنه الرد بعد فراغ الإمام من الخطبة لو لم يرد السلام في الحال يفوت الرد أصلا، ولو رد[(١)] يفوته الاستماع في البعض، ولا شك أن تفويت البعض أهون من تفويت الكل.

٩٥٠١- وإذا دخل القاضي المسجد، فلا ينبغي له أن يسلم على أحد الخصمين، ولو سلم على الخصوم تسليمًا عامًا، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: له ذلك، وبه أخذ الخصاف؛ لأن السلام سنة متبعة، ولا يجوز ترك السنة بسبب تقلد العمل، وهذا القائل يقول بأن الأمير أو الوالي إذا دخل المسجد ينبغي أن يسلم ولا يسعه تركه للمعنى الذي ذكرنا.

ومنهم من قال: الأولى أن لا يسلم، وهذا القائل يقول في الوالي والأمير أيضًا: أن الأولى لهما إذا دخلا المسجد أن لا يسلما؛ وهذا لأنهم إذا سلموا ترتفع الهيبة وتقل الحشمة، ومبنى هؤلاء على الهيبة والحشمة، فلا يسلموا حتى تبقى الهيبة والحشمة. هذا هو الكلام في وقت دخول المسجد.

فأما إذا دخل القاضي المسجد، وجلس ناحية منه لفصل الخصومات، فلاينبغي له أن يسلم على الخصوم، ولا ينبغي للخصوم أن يسلموا عليه. أما القاضي فلأنه جلس لفصل الخصومة فلا يشتغل بغيره، وأما الخصوم لا يسلمون فلأن السلام تحية الزائرين، والخصوم أتوه لأجل الخصومة، هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي.

بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قاسوا الولاة والأمراء على القاضي، فقالوا: إذا جلس الوالي، والأمير في المسجد أو في بيته، فهو لا يسلم على الرعية ولا يسلمون عليه. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: الصحيح هو الفرق بين القضاة وبين الأمراء والولاة، فالرعية يسلمون على الأمراء والولاة، والخصوم لا يسلمون على القضاة.

والفرق: أن السلام تحية الزائرين، والخصوم ما تقدموا إلى القاضي زائرين، فأما الرعية فقد تقدموا إلى الأمير والوالي زائرين، فعلى قول هذا الفرق لو جلس القاضي للزيارة فالخصوم يسلمون عليه، ولو جلس الأمير لفصل الخصومة فالخصوم لا يسلمون عليه.

٩٥٠٢- ولو سلم الخصوم على القاضي بعد ما جلس ناحية من المسجد للقضاء، فلابأس بأن يرد عليهم السلام، وهذا إشارة إلى أنه لا يجب عليه رد السلام؛ وهذا لأن الرد جواب السلام، والسلام إنما يستحق الجواب إذا كان في أوانه، أما إذا كان في غير أوانه،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فلا . ألا ترى أن من سلّم على المصلى لا يستحق الجواب ، وإنما لايستحق لما قلنا .

٩٥٠٣- حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله تعالى : أنه كان يقول : من جلس لتعليم تلامذته فدخل عليهم داخل وسلّم ، وسعه أن لا يرد ؛ لأنه جلس للتعليم لا لرد السلام ، فلا يكون السلام فى أوانه .

وكذلك كان يقول فيمن جلس للذكر أى ذكر كان ، فدخل عليه داخل ، وسلّم عليه : وسعه أن لا يرد ؛ لأنه جلس للذكر لا لرد السلام ، فلا يكون السلام فى أوانه .

قال فى "كتاب العلل"[١] : ولا بأس بالسلام على أهلها وإن كانوا عراة ؛ لأن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : «وأفشوا السلام» مطلق لا فصل فيه بين شخص وشخص . وإن ترك ذلك بطريق التأديب والزجر لهم ، حتى لا يفعلوا مثل ذلك ، فلا بأس به .

٩٥٠٤- وكذلك على هذا السلام على الذى يلعب الشطرنج ، وهذا إذا كان اللعب بالشطرنج للتلهى ، أما إذا كان لتشحيذ الخاطر فلا بأس بالتسليم عليه ؛ لأنه من التابعين من لعب به وهو الشعبى ، هكذا قالوا . وكتب فى "السير" : لم يرَ أبو حنيفة رحمه الله تعالى بالتسليم على من يلعب بالشطرنج بأسًا ؛ لشغله بذلك عما هو فيه ، وكره أبو يوسف رحمه الله تعالى ذلك ؛ تحقيرًا لهم .

ذكر محمد رحمه الله تعالى فى باب الجعائل من السير حديثًا يدل على أن من بلغ إنسانًا سلامًا عن غائب ، كان عليه أن يرد الجواب على المبلغ أولا ، ثم على ذلك الغائب ؛ وهذا لأن المبلغ هو المسبب لوصول السلام إليه ، والمسبب إلى الخير كالمباشر له . ولو أنه باشر السلام عليه استحق الرد ، فكذا إذا سبب ، أو يقول : الغائب يحسن إليه بالسلام والمبلغ بالتبليغ ، فكان عليه أن يجازيهما [وفى البقالى عمن قال لآخر : اقرأ فلانًا السلام ، يجب عليه أن يفعله][٢] .

ويحسن تشميت العاطس . إذا عطس الرجل خارج الصلاة ، فينبغى أن يحمد الله تعالى فيقول : الحمد لله رب العالمين ، أو يقول : الحمد لله على كل حال ، ولا يقول غير ذلك [وينبغى لمن حضر أن يقول : يرحمك الله ، ويقول له العاطس : يغفر الله لنا ولكم ، أو يقول : يهديكم الله ويصلح بالكم ، ولا يقول غير ذلك][٣] . وقد عرف فى كتاب الصلاة أن المصلى إذا قال عند عطسة غير المصلى : الحمد لله ، لا تفسد الصلاة ، وإن أراد به الجواب ، ولو قال :

---

(١) هكذا ورد فى جميع النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : كتاب الذكر .

(٢) وردت هذه العبارة فى نسخة "ظ" .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

يرحمك الله تفسد صلاته.

٩٥٠٥- لو عطس ثلاث مرات ينبغي أن يحمد الله في كل مرة، ولمن حضره أن يشمته ما بينه وبين ثلاث مرات، فإن زاد على الثلاث، فالعاطس يحمد الله، أما من حضره، فبالخيار إن شاء شمته، وإن شاء لم يشمته، كل ذلك حسن. وعن محمد رحمه الله تعالى أن من عطس مراراً شمت في كل مرة، فإن أخّر كفاه مرة واحدة.

٩٥٠٦- وإذا عطست المرأة فلا بأس بتشميتها إلا أن تكون شابة. وإذا عطس الرجل، فشمتته المرأة، فإن كانت عجوزاً يرد الرجل عليها، وإن كانت شابة يرد في نفسه، والجواب في هذا كالجواب في السلام -والله أعلم-.

الفصل التاسع
فيما يحل للرجل النظر إليه وما لا يحل له
وما يحل له مسه وما لا يحل

٩٥٠٧- يجب أن يعلم بأن مسائل النظر تنقسم على أربعة أقسام: نظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى المرأة.

أما بيان القسم الأول فنقول: يجوز أن ينظر الرجل إلى الرجل إلى جميع جسده إلا إلى عورته، وعورته ما بين سرته حتى يجاوز ركبته.

والأصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «عورة الرجل ما دون سرته حتى يجاوز ركبته»[١]، والتعامل الظاهر فيما بين الناس أنهم يمشون فى الأسواق فى إزار ويدخلون الحمام فى إزار من غير نكير منكر، ومثل هذا التعامل حجة فى الشرع.

وكان أبو عصمة سعد بن معاذ المروزى رحمه الله تعالى يقول: إن السرة عورة؛ لأنها إحدى حدى العورة، فتكون عورة كالركبة بل أولى؛ لأنها فى معنى الانتهاء وفوق الركبة، وحجتنا فى ذلك حديث عمرو بن شعيب على ما روينا.

وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه كان إذا مر أبدى عن سرته، والتعامل الظاهر فيما بين الناس أنهم إذا دخلوا الحمام أبدوا عن سرتهم عند الإبراز من غير نكير منكر، ومثل هذا التعامل حجة.

٩٥٠٨- وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يقول: ما دون السرة إلى موضع نبات الشعر ليس بعورة أيضًا؛ لتعامل بعض الناس فى الإبداء عن ذلك الموضع عند الإبراز. ولكن هذا بعيد، فإن التعامل[٢] إنما يعتبر فيما لا نص فيه، وفيما دون السرة نص على ما روينا. وما جاز النظر إليه جاز مسه؛ لأن ما ليس بعورة فمسه والنظر إليه

---

(١) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" ١/ ٢٩٦: باب شروط الصلاة، ونقل عنه الذهبى قال فيه: أظنه موضوعًا، فإن إسحاق بن واصل متروك، وأحرم بن حوشب متّهم بالكذب -انتهى-، والحافظ ابن حجر فى "التلخيص الحبير" ١/ ٢٧٩، وفى "الدراية" (١٢٨).

(٢) هكذا فى ورد فى جميع النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: الإبداء.

على السواء، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

وأما بيان القسم الثاني : فنقول : نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل ، لأن المرأة لا تشتهي المرأة ، كما لا يشتهي الرجل الرجل ، فكما جاز للرجل النظر إلى الرجل فكذا يجوز للمرأة النظر إلى المرأة .

وأما بيان القسم الثالث : فنقول : نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي كنظر الرجل الأجنبي إلى الرجل الأجنبي ، ينظر إلى جميع جسده إلا ما بين سرته حتى يجاوز ركبته ؛ لأن السرة فما فوقها وما تحت الركبة من الرجل ليس بعورة ، فالنظر إليه مباح للرجال والنساء جميعًا .

وأشار في الكتاب إلى أنها لا تنظر إلى ظهره وبطنه ؛ لأن حكم النظر عند اختلاف الجنس أغلظ ، ألا ترى أنه لا يحل للمرأة غسل الرجل الأجنبي بعد موته ، ويحل للمرأة ذلك . وما ذكرنا في الجواب فيما إذا كانت المرأة تعلم قطعًا ويقينًا أنها لو نظرت إلى بعض ما ذكرنا من الرجل لا يقع في قلبها شهوة ، وأما إذا علمت أنه يقع في قلبها شهوة ، أو شكّت ، ومعنى الشك استواء الظنين ، فأحب إلى أن تغض بصرها منه ، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل ؛ وهذا لأن النظر عن شهوة نوع زنا ، قال عليه الصلاة والسلام : «العينان تزنيان وزناهما النظر»[1] ، والزنا حرام بجميع أنواعه .

فقد ذكر الاستحباب[2] فيما إذا كان الناظر إلى الرجل الأجنبي هي المرأة ، وفيما إذا كان الناظر إلى المرأة الأجنبية هو الرجل ، قال : فليجتنب بجهده على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وهو دليل الحرمة ، وهو الصحيح في الفصلين جميعًا .

ولا تمس شيئًا منه إذا كان أحدهما شابًا في حد الشهوة وإن أمنا على أنفسهما الشهوة [فقد حرم المس وإن أمن على أنفسهما الشهوة ، إذا كان أحدهما في حد الشهوة ولم يحرم النظر إذا أمنت على نفسها الشهوة][3] ؛ لأن حكم المس أغلظ من حكم النظر ، حتى إن من مس سائر الأعضاء يوجب حرمة المصاهرة إذا كان المس عن شهوة ، والنظر إلى سائر الأعضاء

---

(١) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" (٤٤١٩) ، وأحمد في "مسنده" (٣٩١٢ و٨٨٣٠ و٩٣٢٠ و١٠٨٤١ و١٠٩٢٤) ، وإسحاق بن راهويه في "مسنده" (٣٠) ، وأبو يعلى في "مسنده" (٥٣٦٤ و٦٤٢٥) ، والربيع في "مسنده" (٦٣٤) ، والبزار في "مسنده" (١٩٥٦) ، والشاشي في "مسنده" (٣٧١) ، وأبو المحاسن في "معتصر المختصر" ١/٣٠٦ .

(٢) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : الاجتناب .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

سوى عين الفرج لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان عن شهوة، والصوم يفسد بالمس عن شهوة إذا اتصل به الإنزال، ولا يفسد بالنظر عن شهوة، وإن اتصل به الإنزال، والبلوى التي تتحقق فى النظر لا تتحقق فى المس، فالرخصة فى النظر عند أمن من الشهوة لا توجب الرخصة فى المس.

فأما الأَمَة فيحل لها النظر إلى جميع أعضاء الرجل الأجنبى سوى ما بين سرته حتى يجاوز ركبته، ويمس جميع ذلك إذا أمنا على أنفسهما الشهوة. ألا ترى أنه جرت العادة فيما بين الناس أن الأمة تغمز رجل زوج مولاتها من غير نكير منكر، وإنه يدل على جواز المس.

وأما بيان القسم الرابع فنقول: نظر الرجل إلى المرأة ينقسم أقساما أربعة: نظر الرجل إلى زوجته ومملوكته، ونظر الرجل إلى ذوات محارمه، ونظر الرجل إلى الحرة الأجنبية، ونظر الرجل إلى آماء الغير.

٩٥٠٩- أما نظره إلى زوجته ومملوكته، فهو حلال من قرنها إلى قدمها عن شهوة وبغير شهوة وهذا ظاهر، إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه، قالت عائشة رضى الله تعالى عنها: «ما رأيت من رسول الله ﷺ ولا رأى منى مع طول صحبتى إياه»[١]. قال عليه الصلاة والسلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير»[٢]. وكان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما يقول: "الأولى أن ينظر الرجل إلى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ فى تحصيل معنى اللذة"[٣].

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الأمالى" قال: سألت أبا حنيفة رحمه الله تعالى عن الرجل يمس فرج امرأته، وتمس هى فرجه ليتحرك عليها، هل ترى بذلك بأسًا؟ قال: لأرجو أن يعظم الأجر.

٩٥١٠- وأما النظر إلى ذوات محارمه: فنقول: يباح النظر إلى موضع زينتها الظاهرة

---

(١) ذكره الحكيم الترمذى فى "نوادر الأصول" ٢/ ٥٣ فى الأصل السابع والمائة فى أن الله تعالى أحق أن يستحيى منه، والقرطبى فى تفسيره ١٢/ ٢٢٤ و١٢/ ٢٠٦، و أبو المحاسن فى "معتصر المختصر" ٢/ ٢٥٧.

(٢) ذكره المناوى فى "فيض القدير" ١/ ٢٣٩ قال الهيثمى: فيه عفير بن معدان ضعيف، وابن حجر فى "الدراية" (٩٥٤) فى كتاب ال؟؟؟، ونقل عن البزار أنه قال: تفرد به مندل عن الأعمش، وأخطأ فيه.

(٣) ذكره ابن حجر فى "الدراية" (٩٥٤)، ثم قال: لم أجده ٢/ ٢٢٩.

والباطنة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلا يُبدِينَ زِينَتَهُنّ إلا لِبُعُولَتِهِنّ﴾(١) الآية. فالاستدلال بالآية أنه ليس المراد من الزينة المذكورة فى الآية عين الزينة، فإن عين الزينة يباع فى الأسواق ويراها الأجانب، وإنما المراد مواضع الزينة.

والثانى: أن الله تعالى أباح لهن إبداء الزينة للمحارم، وهى على مواضع الزينة؛ لأن إبداء الزينة للمحارم وهى على غير مواضع الزينة يباح للأجانب، وإبداء الزينة وهى على مواضع الزينة لا يتصور إلا بإبداء مواضع الزينة، فيدل ذلك على إباحة إبداء مواضع الزينة، ومواضع الزينة: الرأس، والأذن، والعنق، والصدر، والعضد، والساعد، والكف، والساق، والرجل، والوجه.

٩٥١١- فالرأس موضع التاج والإكليل، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة والصدر كذلك، فالقلادة قد تنتهى إلى الصدر وكذلك الوشاح، والأذن موضع القرط، والعضد موضع الدملوج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق موضع الخلخال والخضاب، والقدم موضع الخلخال والخضاب.

ولأن المحارم يدخل بعضهم على بعض من غير استئذان ولا حشمة، والمرأة فى بيتها تكون فى ثياب مهنتها ولا تكون مستترة، فلو أمرناها بالسترة من محارمها أدى إلى الحرج.

٩٥١٢- وما حل النظر إليه حل مسه وغمزه من غير حائل. والأصل فى ذلك: ما روى أن رسول الله ﷺ كان يقبّل رأس فاطمة رضى الله تعالى عنها، وأبو بكر رضى الله تعالى عنه قبّل رأس عائشة رضى الله تعالى عنها، وقال عليه الصلاة والسلام: «من قبّل رجل أمّه فكأنما قبّل عتبة باب الجنة». ولكن إنما يباح النظر إذا كان يأمن على نفسه الشهوة، أما إذا كان يخاف على نفسه الشهوة فلا يحل له النظر؛ لما بيّنا قبل هذا.

وكذلك المس إنما يباح له إذا أمن على نفسه وعليها الشهوة، أما إذا خاف على نفسه أو عليها الشهوة، فلا يحل المس له ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها، ولا يمس شيئًا من ذلك.

والوجه فى ذلك: أن الله تعالى سمى الظهار فى كتابه منكرًا من القول وزورًا، وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت علىّ كظهر أمى، لولا أن ظهرها محرم عليه نظره وتساوى كل شىء، وإلا لما سمى الظهار منكرًا من القول وزورًا، وإذا ثبت هذا فى الظهر ثبت فى البطن والجنبين. وذوات المحارم ممن حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الأمهات، والبنات،

(١) سورة النور: الآية ٣١.

والجدات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، أو بالسبب كالرضاع.

وقد صح أن عائشة رضى الله تعالى عنها سألت رسول الله ﷺ وقالت: إن أفلح يدخل علىّ وأنا فى بنات فصل، فقال عليه الصلاة والسلام: «ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة»[1]. وكذلك الحرمة بالمصاهرة إذا كانت بالنكاح بلا خلاف.

٩٥١٣- واختلفوا فيما إذا كانت بالزنا، بعض المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا: لايثبت لها حل النظر والمس؛ لأن ثبوت الحرمة على الزانى بطريق العقوبة، لا بطريق النعمة، ولأنه قد جرب مرة وظهرت خيانته، فلا يؤمن ثانيًا. قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: والأصح أنه لا بأس بذلك، وقاسه على ما إذا كانت هذه الحرمة بسبب النكاح.

٩٥١٤- قال محمد رحمه الله تعالى: ويجوز له أن يسافر بها، وأن يخلو بها يعنى بمحارمه إذا أمن على نفسه؛ وهذا لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها»[2] فقد أباح للمرأة المسافرة مع ذى الرحم المحرم، وإنه يوجب إباحة المسافرة للمحرم معها. ولأن حرمة المسافرة والخلوة بالأجنبيات لخوف الفتنة بواسطة الشهوة، والإنسان لا يشتهى محارمه غالبًا، فصار من هذا الوجه كالخلوة والمسافرة مع الجنس، فإن علم أنه يشتهيها أو تشتهيه لو سافر بها أو خلى بها، أو كان أكثر رأيه ذلك، أو شك فلا يباح له ذلك؛ لما ذكرنا.

وإن احتاج إلى حملها وإنزالها فى السفر، فلا بأس بأن يأخذ بظهار ظهرها من وراء الثياب؛ لأن المس من فوق الثياب لا يفضى إلى الشهوة غالبًا، فصار كالنظر. وقد صح أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما رأى رجلا حمل أمه على عاتقه يطوف بها ولم ينكر عليه، فإن

---

(١) أخرجه الطبرانى فى "المعجم الأوسط" (٥٤٨)، وأبو نعيم فى "المسند المستخرج" (٣٣٨٢)، والزيعلى فى "نصب الراية" ٣/ ٢٢٠، والقرطبى ٥/ ١١١.

(٢) أخرجه مسلم فى "صحيحه" (١٤٨٦ و١٤٩١): باب وجوب الإحداد فى عدة الوفاة، وابن الجارود فى "المنتقى" (٧٦٦)، والبخارى فى "صحيحه" (٥٠٢٤): باب مراجعة الحائض، وابن حبان فى "صحيحه" (٤٣٠٣)، والترمذى فى "سننه" (١١٩٦): باب ما جاء فى عدة المتوفى عنها زوجها، وأبو داود فى "سننه" (٢٢٩٩): باب إحداد المتوفى عنها زوجها، والنسائى فى "الكبرى" (٥٦٩٣): باب عدة المتوفى عنها زوجها، وفى "المجتبى" (٣٥٠٠): باب عدة المتوفى عنها زوجها، وابن ماجة فى "سننه" (٢٠٨٦): باب هل تحد المرأة على غير زوجها، ومالك فى "الموطأ" (١٢٤٦): باب ما جاء فى الإحداد، وعبد الرزاق فى "مصنفه" (١٩٢٨٦): باب ما قالوا: فى إحداد المرأة على زوجها.

خاف الشهوة على نفسه أو عليها ، فليجتنب بجهده ، وذلك بأن يجتنب أصلا متى أمكنها الركوب والنزول بنفسها ، فإن لم يمكنها ذلك تكلف المحرم فى ذلك زيادة تكلف بالثياب ؛ حتى لا تصل إليه حرارة بدنها ، وإن لم يمكنه ذلك تكلف لدفع الشهوة عن قلبه ، يعنى لا يقصد بما فعل قضاء الشهوة .

٩٥١٥- وأما النظر إلى آماء الغير والمدبرات وأمهات الأولاد : فهو كنظر الرجل إلى ذوات محارمه . والأصل فى ذلك ما روى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أنه قال : كن جوارى عمر رضى الله تعالى عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤوس مضطربات اليدين . ولأن الأَمَة تحتاج إلى الخروج لحوائج مولاها ، وإنما تخرج فى ثياب مهنتها ، فحالها مع جميع الرجال فى معنى البلوى كحال المرأة مع ذوى محارمها .

وكان محمد بن مقاتل الرازى يقول : يجوز النظر إلى بطنها وجنبها وظهرها ، ويروى فى ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال : "من أراد أن يشترى جارية فلينظر إليها إلا إلى موضع البروز" وهذا القول ليس بصحيح ، وتأويل الحديث : أن المرأة قد تبرز الصدر فهو مراد ابن عباس ، قال : وكل ما يباح النظر إليه منها يباح مسه إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها .

والأصل فى ذلك ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما : أنه مر بجارية تباع ، فضرب يده على صدرها ومس ذراعها وقال : اشتروا فإنها رخيصة . والمعنى أن المبيع ينظر للحاجة ، وكما مست الحاجة إلى النظر مست الحاجة إلى المس لتعرف لين بشرتها .

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فى شيء من الكتب الخلوة والمسافرة بآماء الغير ، وقد اختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : لا يحل ، وإليه مال الحاكم الشهيد ، ومنهم من قال : يحل ، وبه كان يفتى الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى .

والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم ، بعضهم قالوا : ليس له أن يعالجها فى الإنزال والإركاب ؛ لأنه يشتهيها ، وبعضهم قالوا : له ذلك إذا أمن على نفسه الشهوة وعليها ؛ وهذا لأن المولى قد يبعثها إلى بلدة أخرى فى حاجته ، وعسى أن يحتاج إلى من يركبها وينزلها ، ولأجل الحاجة جوز النظر والمس فى سائر المواضع .

٩٥١٦- وأما النظر فى الأجنبيات : فنقول : يجوز النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منهن ، وذلك الوجه والكف فى ظاهر الرواية ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿وَلاَيُبدِينَ زِينَتَهُنَّ إلا مَا ظَهَرَ مِنهَا﴾[1] . قال على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم : ما ظهر منها الكف والخاتم .

---

(١) سورة النور : الآية ٣١ .

وروى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ، فنظر إلى وجهها فلم ير فيه رغبة، ورأى رسول الله ﷺ كف امرأة غير مخضوبة فقال: كف رجل هذه، ولما ناول فاطمة أخذ ولديها بلالا، أو أنسًا، قال: رأيت كفها كأنها فلقة قمر. ولأنها تحتاج إلى إبداء وجهها في المعاملات لتحمل الشهادة عليها، وتحتاج إلى إبداء كفها عند الأخذ والإعطاء.

٩٥١٧- وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه يجوز النظر إلى قدمها أيضًا؛ لأنها تحتاج إلى إبداء قدمها إذا مشت حافية أو متنعلة، فإنها لا تجد الخف في كل وقت، وفي رواية أخرى عنه قال: لا يجوز النظر إلى قدمها. وفي جامع البرامكة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يجوز النظر إلى ذراعيها أيضًا؛ لأنها تصير مبتلا بإبداء ذراعيها عند الغسل والطبخ.

قيل: وكذلك يباح النظر إلى ثناها؛ لأن ذلك يبدو منها عند التحدث مع الرجال في المعاملات.

ذلك ككله إذا لم يكن النظر عن شهوة، فإن كان يعلم أنه إن نظر اشتهى، أو كان أكبر رأيه ذلك، فليجتنب بجهده.

٩٥١٨- ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن من الشهوة بخلاف النظر؛ وهذا لأن حكم المس أغلظ من حكم النظر، والضرورة في المس قاصرة، فلا يلحق المس بالنظر.

هذا إذا كانت شابة تشتهى، فإن كانت عجوزًا لا تشتهى، فلا بأس بمصافحتها ومس يدها. والأصل فيه: ما روى أن رسول الله ﷺ كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب، ولأن الحرمة في الشواب لخوف الفتنة ولا خوف في العجائز. وكذلك إذا كان شيخًا يأمن على نفسه وعليها، فلا بأس بأن يصافحها، وإن كان لا يأمن على نفسه أو عليها فليجتنب؛ لما مر قبل هذا.

ثم إن محمدًا رحمه الله تعالى أباح المس للرجل إذا كانت المرأة عجوزة، ولم يشترط كون الرجل بحال لا يجامع مثله، وفيما إذا كان الماس هي المرأة قال: إذا كانا كبيرين لا يجامع مثله، ولا تجامع مثلها، فلا بأس بالمصافحة، فيتأمل عند الفتوى.

وإن كان عليها ثياب، فلا بأس بأن يتأمل جسدها؛ لأن نظره إلى ثيابها لا إلى جسدها، فهو كما لو كانت في بيت فنظر إلى جدارها. هذا إذا لم تكن ثيابها ملتزقة بها، بحيث يصف ما تحتها كالقباء التركية، ولم يكن رقيقا بحيث يصف ما تحته، وإن كانت بخلاف ذلك ينبغي له أن يغض بصره؛ لأن هذا الثوب من حيث إنه لا يسترها بمنزلة شبكة عليها. والأصل

فيه ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال : لا تلبسوا نساءكم الكتان والقباطى فإنها إن تشف تصف .

وهذا إذا كانت فى حد الشهوة ، وإن كانت صغيرة لا تشتهى مثلها ، فلا بأس بالنظر إليها ومِن مسها ؛ لأنه ليس لبدنها حكم العورة ، ولا فى النظر والمس معنى خوف الفتنة . والأصل فيه ما روى أن رسول الله ﷺ كان يقبّل الحسن والحسين فى صغرهما ، وروى أنه كان يأخذ ذلك من أحدهما حجره والصبى يضحك .

٩٥١٩- ثم النظر إلى الحرة الأجنبية قد يصير مرخصًا عند الضرورة ؛ لما عرف أن مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع . ومن مواضع الضرورة إذا دعى الرجل إلى الشهادة يعنى أداء الشهادة عليها ، وأراد الحاكم أن ينظر إليها ليجيز إقرارها عليها ، وكان إذا نظر اشتهى ، وكان أكبر رأيه ذلك ، فلا بأس بالنظر إليها ؛ لأن الشهادة لا تجد بدًا من النظر إلى المشهود عليه لأداء الشهادة ؛ ليكون الأداء عن علم . وكذلك القاضى لا يجد بدًا من النظر وقت الحكم ؛ حتى لا يقع الحكم على غير المستحق عليه .

٩٥٢٠- وكذلك لو أراد [أن يتزوجها لا بأس بالنظر إليها وإن كان فيه شهوة ، قال عليه الصلاة والسلام لمغيرة بن شعبة حين أراد][١] أن يتزوج امرأة : «أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» ، ولكن عند النظر ينبغى أن لا يقصد قضاء الشهوة ، وإنما يقصد أداء الشهادة والحكم عليها .

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما إذا ادعى[٢] إلى تحمل الشهادة عليها ، وهو يعلم أنه لو نظر إليها اشتهى ، فمنهم من جوّز ذلك بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء [الشهوة][٣] ، قال شيخ الإسلام : والأصح أنه لا يباح ذلك ، إذ لا ضرورة فى تحمل الشهادة ، فقد يوجد من لا يشتهيها بالنظر إليها ، بخلاف حالة الأداء ؛ لأن الشهادة التزم بذلك الإبانة[٤] ، وهى متعينة لأداءها .

٩٥٢١- وكذلك إذا اشترى جارية ، فلا بأس بأن ينظر إلى شعرها وصدرها وساقها ، وإن اشتهى ؛ لأن المالية مطلوبة بالشراء ، ولا يصير مقدارها معلومًا إلا بالنظر إلى هذه

---

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا دون الأصل .

(٢) ورد فى "ظ" : دعى .

(٣) كذا فى "ظ" ، وكان فى الأصل : الشهادة .

(٤) وفى "ظ" : لأن الشاهد التزم بذلك الأمانة . . . إلخ .

المواضع، ولأجل الحاجة جاز النظر. ولا يحل له أن يمس شيئًا منها إن اشتهى، أو كان عليه أكبر رأيه، فقد ذكرنا أن حكم المس أغلظ من حكم النظر.

٩٥٢٢- قال: ولا يحل النظر إلى العورة إلا عند الضرورة، قال سلمان الفارسى رضى الله تعالى عنه: لأن أخِرّ من السماء فأنقطع نصفين أحب إلىّ من أن أنظر إلى عورة أحد أو ينظر أحد إلى عورتى. مع هذا إذا جاء العذر، فلا بأس بالنظر إليها.

٩٥٢٣- فمن جملة الأعذار الختان، فالختان ينظر عند ذلك الفعل، وكذلك الخافضة تنظر؛ وهذا لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة فى حق الرجل لا يمكن تركه، ومن ذلك عند الولادة فالمرأة تنظر إلى موضع الفرج من المرأة وغيره؛ لأنه لابد من قابلة تقبل الولد ومعالجة، وبدونها يخاف الهلاك على الولد، وعند قبول الولد ومعالجته يحتاج إلى النظر، فأبيح لأجل الحاجة. وقد صح أن رسول الله ﷺ جوّز شهادة القابلة على الولادة، فذلك دليل على أنه يباح لها النظر.

٩٥٢٤- وكذلك ينظر الرجل من الرجل إلى موضع الاحتقان عند الحاجة إليه بأن كان مريضًا؛ لأن الضرورة قد تحققت والاحتقان من المداواة. وقال عليه الصلاة والسلام: «تداووا عباد الله فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا خلق له الدواء إلا السأم والهرم»[1]. وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا كان به هزال فاحش، فقيل له: إن الحقنة تزيل ما بك من الهزال، فلا بأس بأن يبدى ذلك الموضع للمحتقن. وهذا صحيح، فإن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل.

وحكى عن الشافعى رحمه الله تعالى قال: إذا قيل له: إن الحقنة تقويك على المجامعة فلا بأس بذلك، وهذا ضعيف؛ لأن الضرورة لا تتحقق بهذا، وكشف العورة من غيره من غير ضرورة بمعنى الشهوة لا يجوز.

٩٥٢٥- وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الصوم: أن الحقنة إنما تجوز عند الضرورة، وإذا لم تكن ضرورة ولكن فيها منفعة ظاهرة بأن كان يتقوى بسببها

---

(١) أخرجه الترمذى فى "سننه" (٢٠٣٨): باب ما جاء فى الدواء، وأخرجه ابن حبان فى "صحيحه" (٦٠٦١) فى كتاب الطب، والضياء فى "الأحاديث المختارة" (١٣٨٥)، والحاكم فى "مستدركه" (٧٤٢٩)، وابن ماجه فى "سننه" (٣٤٣٦) كتاب الطب: باب ما أنزل الله داءً إلا أنزل له شفاء، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٣٤١٧) كتاب الطب: باب من رخص فى الدواء والطب، وأحمد فى "مسنده" (١٨٤٧٧)، والحميدى فى "مسنده" (٨٢٤)، والطبرانى فى "الصغير" (٥٥٩)، والطيالسى فى "مسنده" (١٢٣٢)، والطبرانى فى "الكبير" (٤٦٢)، والبخارى فى "الأدب المفرد" (٢٩١).

على الجماع لا يحل عندنا، فإذا كان به هزال فإن كان هزالا فاحشًا يخشى منه التلف يحل وما لا فلا.

٩٥٢٦- وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فى فتاويه فى باب الطهارات: قال محمد بن مقاتل الرازى: لا بأس بأن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عند التنوير إذا كان يغض بصره، كما أنه لا بأس به إذا كان يداوى جرحًا أو قرحًا، قال الفقيه: وهذا فى حالة الضرورة لا فى غيرها؛ لأن كل موضع لا يجوز النظر إليه لايجوز مسه إلا فوق الثياب. وينبغى لكل واحد أن يتولى عانته بيده إذا تنور، فإنه روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يتولى ذلك بنفسه.

وإذا أصابت المرأة قرحة فى موضع لا يحل للرجل أن ينظر إليه، علّمت امرأة دواءها لتداويها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. وكذلك فى امرأة العنين تنظر إليها النساء، فإن قلن: هى بكر، فالقاضى يفرق بينهما.

٩٥٢٧- وكذا لو اشترى جارية على أنها بكر، فقبضها فقال: وجدتها ثيبًا، تنظر إليها النساء للحاجة إلى فصل الخصومة.

فإن لم يجدا وامرأة تداوى تلك القرحة، ولم يقدروا على امرأة تعلم ذلك، وخافوا أنها تهلك أو يصيبها بلاء ووجع، فلا بأس بأن يستتر منها كل شىء إلا موضع تلك القرحة، ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع؛ لأن نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ، فيعتبر فيه تحقق الضرورة وذلك خوف الهلاك.

٩٥٢٨- وذوات المحارم والأجنبيات فى هذا على السواء؛ لأن النظر [إلى العورة لايحل بسبب المحرمية، والعبد فيما ينظر إلى مولاه كالحر الأجنبى؛ حتى لا يحل له أن ينظر إلا إلى وجهها وكفها، وهذا مذهبه، وقال مالك: نظره][1] كنظر الرجل إلى ذوات محارمه؛ لقوله تعالى: ﴿أو مَا مَلَكَت أَيْمَانُهُنّ﴾[2]. ولا يجوز أن يحمل ذلك على الآماء؛ لأن الآماء دخلن فى قوله تعالى: ﴿أو نِسَائِهِنّ﴾. ولأن هذا مما لا يشكل أن الأَمَة تنظر إلى مولاتها، وإنما يحمل البيان إلى موضع الإشكال. ولأن إباحة النظر إلى ذوات المحارم لأجل الحاجة وهو دخول البعض على البعض من غير استئذان ولا حشمة، وهذا يتحقق فيما بين العبد ومولاته.

وحجتنا فى ذلك: حديث سعيد بن المسيب وحديث سعيد بن جبير رضى الله تعالى

(١) وردت هذه العبارة فى نسخة "ف".

(٢) سورة النور: الآية ٣١.

عنهما، فإنهما قالا: "لا يغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور"، ومرادهما قوله تعالى: ﴿أو مَا مَلَكَت أيْمَانُهُنّ﴾. والموضع موضع الإشكال؛ لأن حالة الأمَة تقرب من حالة الرجال حتى تسافر بغير محرم، فكان يشكل أنه هل يباح لها التكشف بين يدى أمَتها؟ ولم يزل هذا الإشكال بقوله تعالى: ﴿أو نِسَائِهِنّ﴾؛ لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الآماء، والمعنى فيه: أنه ليس بينهما زوجية ولا محرمية، وحل النظر إلى مواضع الزينة الباطنة مبنى على هذا السبب؛ وهذا لأن حرمة النظر إلى مواضع الزينة الباطنة لمعنى خوف الفتنة، وخوف الفتنة تنعدم بالمحرمية؛ لأن المحرمية المؤبدة تقلل الشهوة، فأما الملك لاتقلل الشهوة، بل يحملها على رفع الحشمة، ومعنى البلوى لا يتحقق أيضًا؛ لأن العبد إنما يتخذ لخدمة خارج البيت، لا لخدمة داخل البيت [على ما قيل: من اتخذ عبدًا للخدمة داخل البيت][1]، فهو كشحان. ويستوى فى ذلك الخصى والفحل، قالت عائشة رضى الله تعالى عنها: «الخصى مثلة فلا ينسخ ما كان حرامًا قبله». ولأن معنى الفتنة لا ينعدم بالخصا، فالخصىّ قد يجامع، وقيل: هو أشد الناس جماعًا.

٩٥٢٩- وكذلك المجبوب الذى لم يجف ماءه لأثر ينزل بالسحق، فلا تنعدم معنى الفتنة. وإن كان مجبوبًا قد جف ماءه، فقد رخص بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى فى حقه بالاختلاط بالنساء؛ لوقوع الأمن من الفتنة، والأصح أنه لا يحل ذلك.

ومن رخّص فيه، تأول قوله تعالى: ﴿أو التّابِعِينَ غَيرِ أولِي الإربَةِ مِنَ الرجَالِ﴾[2] الآية، وبين أهل التفسير كلام فى معنى هذا، فقيل: هو المجبوب الذى جف ماءه، وقيل: هو المخنث الذى لا يشتهى النساء. الكلام فى المخنث عندنا أنه إن كان مخنثًا فى الردىء من الأفعال [فهو كغيره من الرجال، بل هو من الفساق ينح عن النساء. فأما إذا كان فى أعضاءه لين، أو فى لسانه تكسد بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء، ولا يكون مخنثا فى الردىء من الأفعال][3]، فقد رخص بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى فى ترك مثله من النساء؛ لما روى أن مخنثًا كان يدخل بعض بيوت رسول الله ﷺ حتى سمع منه رسول الله ﷺ كلمة فاحشة، فإنه قال لعمر بن أبى سلمة: لئن فتح الله على رسوله الطائف لأدلّنك على ابنة غيلان، فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان. فقال: ما كنت أعلم أنه يعرف مثل هذا، أخرجوه.

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا دون الأصل.

(٢) سورة النور: الآية ٣١.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وقيل : المراد بقوله : ﴿أو التَّابِعِينَ غَيرِ أولِي الإربَةِ مِنَ الرجَالِ﴾ الأبله الذى لايدرى ما يصنع بالنساء إنما همته بطنه . وفى هذا أيضًا كلام عندنا : إذا كان شابًّا ينحى عن النساء ، وإنما جاز ذلك إذا كان شيخًا كبيرًا قد ماتت شهوته ، فحينئذٍ رخص فى ذلك .

والأصح أن يقول : قوله : ﴿أو التَّابِعِينَ﴾ من المتشابه . وقوله : ﴿قُل لِلمُؤمِنِينَ يَغُضّوا مِن أبصَارِهِم﴾[1] محكم ، فنأخذ بالمحكم ونقول : كل من كان من الرجال لا يحل لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ، ولا يحل له أن ينظر إليها إلا أن يكون صغيرًا ، فحينئذٍ لا بأس بذلك ؛ لقوله تعالى : ﴿أو الطِفلِ الّذِينَ لَم يَظهَرُوا عَلى عَورَاتِ النِسَاءِ﴾[2] الآية . ولا بأس بدخول الخصى الصبى على النسوان ما لم يبلغ حد الحلم ، وذلك خمسة عشر سنة ؛ لأنه لا يحتلم .

وممايتصل بهذا الفصل جماع الحائض فى الفرج:

٩٥٣٠- فإنه حرام بالنص ، يكفر مستحلها ويفسق مباشره ؛ لقوله تعالى : ﴿فَاعتَزِلُوا النِسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ . وفى قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقرَبُوهُنَّ حَتّى يَطهُرنَ﴾[3] دليل على أن الحرمة تمتد إلى الطهر ، وقال عليه الصلاة والسلام : «من أتى امرأته فى غير مأتيها ، أو أتاها فى حالة الحيض ، أو أتى كاهنا فصدقه بما يقول ، فقد كفر بما أنزل على محمد»[4] . ولكن لا يلزمه بالوطء سوى الاستغفار والتوبة .

من العلماء رحمهم الله تعالى من يقول : من وطئها فى أول الحيض ، فعليه أن يتصدق [بدينار ، وإن وطئها فى آخر حد الحيض ، فعليه أن يتصدق][5] بنصف دينار ، وروى فيه حديثًا شاذًا ، ولكن الكفارة لا تثبت بمثله .

وحجتنا فى ذلك ما روى أن رجلا جاء إلى الصديق رضى الله تعالى عنه ، فقال : " إنى

---

(١) سورة النور : الآية ٣٠ .

(٢) سورة النور : الآية ٣١ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .

(٤) أخرجه بمعناه ابن الجارود فى "المنتقى" (١٠٧) ، والدارمى فى "سننه" (١١٣٦) : باب من أتى امرأته فى دبرها ، والحاكم فى "المستدرك" (١٥) ، وذكره ابن كثير فى تفسيره ١/ ٢٦٤ ، والهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٥/ ١١٧ .

(٥) وردت هذه العبارة فى نسخة "م" .

رأيت في منامي كأني أبول دما"، فقال له: تصدقن، قال: فقال: إنك تأتي امرأتك في حال الحيض، فاعترف بذلك، فقال: استغفر الله، ولا تعد، ولم يلزمه الكفارة.

٩٥٣١- واختلفوا فيما سوى الجماع، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: له أن يستمتع بها فوق المئزر، وليس له ما تحته. وقال محمد رحمه الله تعالى: يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وذكر [الطحاوي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله، وذكر](١) الكرخي مع محمد.

٩٥٣٢- وجه قول محمد: الاستدلال بقوله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ أَذًى﴾(٢) ففيه بيان أن الحرمة بمعنى استعمال الأذى، وذلك في محل مخصوص. وروى في الكتاب عن الصلت بن دينار عن معاوية قال: سألت عائشة رضي الله تعالى عنها (أم المؤمنين): ما يحل للرجل من امرأته، وهي حائض؟ قالت: «يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك»(٣).

وفي حديث آخر عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: «للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح»(٤) يعني الجماع. والمعنى فيه: أن ملك النكاح باقي في زمان الحيض، وحرمة الفعل بمعنى استعمال الأذى، فكل فعل لا يكون فيه معنى استعمال الأذى، فهو حلال مطلق، كما كان قبل الحيض، وقاسه بالاستمتاع(٥) فوق المئزر.

وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ فظاهره يقتضي تحريم الاستمتاع بكل عضو منها، فما اتفق عليه الآثار صار مخصوصًا من هذا الظاهر، وبقي ما سواه على الظاهر.

وروى أن وفدًا سألوا عمر رضي الله تعالى عنه عما يحل للرجل من امرأته الحائض؟ فقال: سألت عنه رسول الله ﷺ فقال: «للرجل من امرأته الحائض ما فوق المئزر وليس له ما تحته». والمعنى فيه: أن الاستمتاع في موضع الفرج محرم عليه، وإذا قرب من ذلك الموضع لا

---

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا دون الأصل.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ذكره الشيباني في "المبسوط" ٣/ ٦٩.

(٤) أخرجه أبو داود في "سننه" (٢٥٨): باب في مؤاكلة الحائض ومجامعتها، والدارمي في "سننه" (١٠٥٣): باب مباشرة الحائض، والبيهقي في "سننه الكبرى" (١٣٩٦): باب الرجل يصيب من الحائض.

(٥) هكذا ورد في نسخة "م"، وكان في الأصل و نسخة "ظ": بالاستعمال.

يأمن على نفسه أن يقع فى الحرام، فليجتنب من ذلك بالاكتفاء بما فوق المئزر.

٩٥٣٣- ولا ينبغى أن يعزل فراشها فإن ذلك تشبه باليهود، وقد نهينا عن التشبه بهم. وقد روى أن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فعل ذلك، فبلغ ميمونة رضى الله تعالى عنها، فأنكرت عليه، وقالت: ترغب عن سنة رسول الله ﷺ، كان رسول الله ﷺ يضاجعنا فى فراش واحد حالة الحيض.

٩٥٣٤- ذكر فى "الجامع الصغير" عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: إذا حاضت الأَمَة لم تعرض فى إزار واحد، يريد به مكشوفة البطن والظهر؛ لأنها إذا حاضت فقد بلغت وثبت لأعضاءها حكم العورة، فلا يحل للأجنبى النظر إلى بطنها وظهرها، وإنما يحل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة، كما فى المحارم -والله أعلم-.

الفصل العاشر
في اللبس ما يكره من ذلك وما لا يكره

٩٥٣٥- ذكر محمد رحمه الله تعالى في "السير" في باب العمائم حديثًا يدل على أن لبس السواد مستحب، وأن من أراد أن يجدد اللف بعمامته ينبغي أن ينقضها كورًا كورًا، وأن ذلك أحسن من رفعها عن رأسه، وإلقاءها في الأرض دفعة واحدة، وأن المستحب إرسال ذنب العمامة بين كتفيه.

٩٥٣٦- واختلفوا في مقدار ما ينبغي أن يكون من ذنب العمامة، منهم من قدره بشبر، ومنهم من قدره إلى وسط الظهر، ومنهم من قال: إلى موضع الجلوس، وذكر فيه أيضًا أنه لا بأس بلبس القلانس، فقد صح أنه كان لرسول الله ﷺ قلانس يلبسها.

٩٥٣٧- ذكر في "الجامع الصغير" عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه يكره لبس الحرير والديباج، وكان لا يرى بالتوسد به والنوم عليه بأسًا. وقال محمد رحمه الله تعالى: يكره التوسد والنوم كما يكره اللبس، وقول أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد.

٩٥٣٨- يجب بأن يعلم بأن لبس الحرير وهو ما كان لحمته حريرًا، وسداه حريرًا حرام على الرجال في جميع الأحوال عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يكره في حال الحرب ويكره في غير حال الحرب، ومن العلماء من قال: لا يكره ذلك في الأحوال كلها. وفي شرح القاضي الإمام الإسبيجابي أن عند أبي يوسف ومحمد إنما لا يكره لبس الحرير للرجال في حالة الحرب إذا كان صفيقًا يدفع مضرة[١] السلاح، فالكلام في موضعين، في حالة الحرب، وفي غير حالة الحرب.

فحجة من قال بعدم الكراهة ما روى عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه: «أن النبي ﷺ صلى وعليه حرير»[٢]. وجه قول عامة علمائنا رحمهم الله تعالى ما روى عن رسول الله ﷺ:

---

(١) ورد في "ظ" و"م": معرة السلاح.

(٢) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٥٤٦٤): باب القباء وخروج حرير، وأبو عوانة في "مسنده" (٨٥٠٨)، والبيهقي في "الصغرى" (٣٣٤)، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٢٤٦٥٢)، وأحمد في "مسنده" (٥٥٤٧).

«أنه نهى عن لبس الحرير والديباج»، وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة»[1]، وعنه عليه الصلاة والسلام: «أنه نهى عن لبس الحرير والديباج إلا قدر إصبعين أو ثلاثة أو أربعة وأراد به الإعلام»[2]، وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه بعث جيشًا وغنموا غنائم، فلما رجعوا تلقاهم فلبسوا له الحرير والديباج، فلما رآهم أعرض عنهم، وقال: انزعوا عنكم ثياب أهل النار، فنزعوا.

وما رواه الخصم محمول على ما قبل التحريم. الدليل عليه ما روى أنس رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ لبس جبة حرير[3]، وذلك قبل أن ينهى عنه. ولأن هذا من زى الأعاجم، وتشبه بالأكاسرة، وذلك منهى عنه. قال عمر رضى الله تعالى عنه: إياكم وزى الأعاجم.

٩٥٣٩- وإنما يكره لبسه إذا لم تقع الحاجة إلى لبسه، فأما إذا وقعت الحاجة إليه، فلا بأس بلبسه؛ لما روى عبد الرحمن بن عوف والزبير رضى الله تعالى عنهما أنه كان بهما جرب كثير، فاستأذنا رسول الله ﷺ فى لبس الحرير، فأذن لهما فى لبسه. وكما يكره لبس ما كان لحمته حريرًا وسداه حريرًا فى غير حالة الحرب، فكذا يكره ما كان لحمته حريرًا وسداه غير حرير.

وأما ما كان سداه حريرًا ولحمته غير حرير فلا بأس بلبسه بلا خلاف بين العلماء رحمهم الله تعالى، وإنما كان كذلك؛ لأن الثوب إنما يصير ثوبًا بالنسج، والنسج إنما يتأتى باللحمة والسدى، واللحمة آخرهما، فيضاف صيرورته ثوبًا على اللحمة، فإذا كانت اللحمة من الحرير، فكان الكل حريرًا حكمًا، وإذا كانت اللحمة غير حرير، فكان الكل غير حرير، فقد اعتبر اللحمة فى هذه المسائل. قيل: هذا إذا كانت اللحمة غالبة على السدى وقل السدى، وقد قيل: لا، بل العبرة للحمة على كل حال، وهو الصحيح، وعليه عامة المشايخ

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٥٥١١ و٥٤٩٠ و٥٥١١ و٥٨٦٨): باب المثيرة الحمراء، ومسلم فى "صحيحه" (٢٠٦٥): باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء وخاتم الذهب والحرير، وأبو داود فى "سننه" (٤٠٤٢ و٤١٣١): باب ما جاء فى لبس الحرير، و النسائى فى "الكبرى" (٤٥٨٠ و٩٤٥١)، وفى "المجتبى" (٥١٤٩): باب تحريم الذهب على الرجال، وابن ماجة فى "سننه" (٣٥٨٨-٣٥٨٩): باب كراهية لبس الحرير.

(٢) أخرجه ابن ماجه فى "سننه" (٣٥٩٣): باب الرخصة فى العلم فى الثوب، والبيهقى فى "الكبرى" (٥٨٧٥): باب الرخصة فى العلم وما يكون فى نسجه قز.

(٣) أخرجه الطحاوى فى "معانى الآثار" ٤/ ٢٤٧، وذكره العظيم آبادى فى "عون المعبود" ١١/ ٦٤.

رحمهم الله تعالى.

٩٥٤٠- ذكر شيخ الإسلام فى "شرح السير" فى باب الاستثناء فى نفل الثوب إذا كان لحمته من قطن أو كتان، وسداه من إبريسم، فإن كان الإبريسم يرى كره للرجال لبسه، وإن كان لا يرى لا يكره لهم لبسه، فعلى هذا يكره للرجال لبس العباء، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى هذا الباب أيضًا، هذا هو الكلام فى غير حالة الحرب.

٩٥٤١- جئنا إلى حالة الحرب: فنقول: لا شك أن ما كان لحمته حريرًا، وسداه غير حرير فإنه يباح لبسه فى غير حالة الحرب، فلأن يباح لبسه فى حالة الحرب، والأمر فيه أوسع أولى. وأما ما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير، فإنه يباح لبسه فى حالة الحرب بالإجماع، وإنما يباح لنوع ضرورة، وحاجة تختص بحالة الحرب، وذلك لأن فى لبسه تهييبًا لصورته، وبريقه، ولمعانه، ولونه، وبمعناه، بتحصيل دفع ضرر السلاح، فإن العدو يدفع مضرة السلاح[١]، وقد جاءت السنة فى الإطلاق عند الحاجة، فإن النبى ﷺ أطلق للزبير وعبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنهما لبس الحرير عند الحاجة على ما روينا[٢]. وأما ما كان لحمته حريرًا وسداه حريرًا، ففى لبسه حالة الحرب خلاف بين علمائنا رحمهم الله تعالى على ما مر. حجتهما حديث الشعبى رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب[٣]، ولأن الحاجة مست إلى ذلك؛ لأن الخالص أدفع لمعرة السلاح، وأهيب فى عين الناظرين.

٩٥٤٢- واحتج أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه بعموم النهى. روى الحسن وعكرمة رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا: التوقى عن الحرام فى حالة التعرض للشبهات أولى. ولأن الحرام لا يحل إلا عند الضرورة، والضرورة اندفعت بالمخلوط؛ لأن المخلوط ما لحمته حريرًا وسداه حريرًا، والذى سداه حرير ولحمته غير حرير ليس له حكم الحرير بالجماع، والذى لحمته حرير وإن كان حريرًا فى الحكم ففيه شبهة الغزل؛ لأنه موجود، وإن لم ينسبه إليه،

---

(١) هكذا ورد فى الأصل، ولكن فى نسخ "ظ" و"ف" و"م": ويدفع معرة السلاح.

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٤٦٧٣)، والبيهقى فى "الكبرى" (٥٨٦٩): باب ما يرخص للرجال من الحرير للحكة.

(٣) أخرجه ابن ماجه فى "سننه" (٢٨١٩): باب لبس الحرير والديباج، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٣٢٦٠٠ و٣٢٦٠١ و٣٢٦٠٣): باب ما رخص فيه من لباس الحرير، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" ٤/ ٢٢٧.

فصار هذا حريراً ناقصاً، والمهابة تحصل بظاهره، والدفع بمعناه يحصل أيضًا؛ لأنه إن كان للخالص من الحرير مزية الخلوص، فلهذا مزية القوة والثخامة فاستويا، فيجب أن يكتفى بالأدنى عن الأعلى.

أصل الحرمة حديث الزبير وحديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنهما فإنما أطلق لهما؛ لأن ضرر الحكة كان لا يندفع إلا بالرقيق الخالص، وأمر الحرب على ضد ذلك، أو نقول: كان ذلك قبل النهى والتحريم.

٩٥٤٣- هذا هو الكلام فى حق الرجال، بقى الكلام فى حق النساء، قال عامة علمائنا رحمهم الله تعالى: يحل لهن لبس الحرير الخالص، وبعضهم قالوا: لايحل، وهذا القائل يحتج بعموم النهى، وعامة العلماء رحمهم الله تعالى احتجوا بما روى عن على وابن عمر وأبى موسى الأشعرى وعقبة بن عامر رضى الله تعالى عنهم، أن النبى ﷺ خرج يومًا، وبإحدى يديه حرير، وبالآخرى ذهب، فقال: «هذان حرامان على ذكور أمتى حلالان لأناثهم»[1]، وأعطى رسول الله ﷺ حريرا عليا رضى الله تعالى عنه فلبسه فكره ذلك عليه الصلاة والسلام، وأمر أن يقطعه خمرًا للفواطم الأربع، وهى أمه فاطمة، وفاطمة زوجته، وفاطمة بنت حمزة، وفاطمة أخرى رضى الله تعالى عنهن.

وأما لبس لما علمه حرير، أو مكفوف، فمطلق عند عامة الفقهاء خلافًا لبعض الناس لعموم النهى، ولعامة العلماء حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فى لبس رسول الله ﷺ قطيفة علمها حرير. وفى حديث أسماء أن النبى ﷺ كان يلبس جبة حرير مكفوفة بالحرير[2]، ولأن القليل من الفضة وهو الخاتم يحل للرجال ترغيبًا فى نعيم الآخرة، فكذلك العلم.

وذكر القدورى فى شرحه أن النبى ﷺ لبس مروطًا أطرافها من الديباج. فهذا دليل على أنه لا بأس بمثل هذا الثوب، وعن هشام عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه لم يرَ بأسًا بالعلم فى الثوب قدر أربعة أصابع، قال: لأن العلم يكون تابعًا للثوب فلا يكون بأسًا به.

٩٥٤٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا لبس قميصه حريراً وفروة، أو إزاراً لم يكن عندى بذلك بأس، وهو كالعلم يكون فى الثوب ومعه غيره لا بأس به، وإن كان وحده كرهته. وأكره تكة الحرير، لأنها تلبس وحدها، وهذا لأنه إذاكان معه غيره

---

(١) ذكره القرطبى فى تفسيره ١/ ٣٠٧، وابن حجر فى "فتح البارى" ١٠/ ٢٩٦ من طريق أبى داود والنسائى وصححه، والزيلعى فى "نصب الراية" ٤/ ٢٢٢.

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٤٦٨٦): باب من رخص فى العلم من الحرير فى الثوب.

فاللبس لا يكون مضافًا إليه، بل يكون هو تبعًا فى اللبس، والمحرم لبس الحرير.

وفى "شرح الجامع الصغير" لبعض المشايخ: لا بأس بتكة الحرير للرجل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وذكر الصدر الشهيد فى إيمان "الواقعات": يكره عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وفى حاشية "شرح الجامع الصغير" للصدر الشهيد مكتوب بخطه: إن فى تكة الحرير اختلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى.

٩٥٤٥- ويكره لبس الثوب المعصفر للرجال، وروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال: نهانى رسول الله ﷺ عن لبس المعصفر، وقال: «إياكم والحمرة فإنها زى الشيطان»[1]. وفى "المنتقى": كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يكره للرجل أن يلبس الثوب المصغر بالمعصفر، أو بالورس والزعفران للأثر الوارد فيه. وذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى أنه لم يرَ باللباس المرتفع جدّا بأسًا، وكذا لم ير باللبد الأحمر للسرج بأسًا.

وفى "مجموع النوازل": ويسأل عن الزينة والتجمل فى الدنيا، قال خرج رسول الله ﷺ وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم، ودخل عليه رجل من أصحابه يومًا وعليه رداء أحمر، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى إذا أنعم على عبد نعمة يجب أن يرى آثار نعمته عليه». وأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يرتدى برداء قيمته أربعمائة دينار، وأباح الله تعالى الزينة بقوله تعالى: ﴿قُلۡ مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾[2].

٩٥٤٦- وكان أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول لتلامذته: "إذا رجعتم إلى أوطانكم فعليكم بالثياب النفيسة، وإياكم والثياب الخسيسة"؛ فإن الناس ينظرون إليكم بعين الرحمة، فهو مع زهده وورعه كان يوصيهم بهذا ومحمد ابن الحسن رحمه الله تعالى كان يلبس الثياب النفيسة فقيل له: فى ذلك، فقال: لى نساء وجوارى، فأزين نفسى كيلا ينظرن إلى غيرى.

٩٥٤٧- ومحمد بن الحسن رحمه الله تعالى كان يتعمم بعمامة سوداء، فدخلت عليه يوما مستفتية، وبقيت متحيرة تنظر فى وجهه، فقال لها: ما شأنك؟ قالت: أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك، فوضعها عن رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك. قيل

---

(١) أخرجه الطبرانى فى "المعجم الكبير" (٣١٧)، وأبو شجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (١٥٥٥)، وذكره المبارك فورى فى "تحفة الأحوذى" ٥/ ٣٢٠ من طريق ابن منده وابن السكن والحاكم وغيرهم، والمناوى فى "فيض القدير" ٣/ ١٢٠، وابن حجر فى "الإصابة" (٢٢٢).

(٢) سورة الأعراف: الآية ٣٢.

للشيخ: أليس روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه كان يلبس قميصًا عليه كذا رقعة؟ قال: إنما فعل عمر رضى الله تعالى عنه ذلك لنوع من الحكمة، وهو أنه كان أمير المؤمنين، ولو لبس ثيابًا نفيسة واتخذ لنفسه ألوانا من الأطعمة فعماله وحشمه يقتدون به، وربما لا يكون لهم مال، فيأخذون من مال المسلمين، فإنما اختار ذلك لهذه المصلحة.

وحكى أن حاتم الأصم خرج حاجًا فدخل المدينة، وقصد زيارة أنس ابن مالك رضى الله تعالى عنه، فلما انتهى إلى باب داره استأذنه، فلم يؤذن له، فقيل له: اجلس، حتى يخرج إلى الصلاة، فخرج وصلى ودخل عليه حاتم، فرأى دارًا مرتفعة مفروشًا فيها ألوان الفرش، ورأى خدمًا وغلمانًا، فسلم عليه حاتم، فجلس فقال: أخبرنى ما ذا يجب على العباد بعد التوحيد؟ فقال: الفرائض، قال: ثم ما ذا؟ قال: السنن والآداب، قال: أخبرنى عن دارك هذه، وغلمانك هؤلاء، من الفرائض أم من السنن؟ قال: يا حاتم، إن الله تعالى قسم هذا قسمًا حلالا، ثم قال: ياحاتم، إن لنا زيا يعرف المؤمن تحت الخير والبر كما يعرف المنافق تحت العباءة واللبدة، فلما خرج من عنده قال: لو لم أشهد هذه المشهد، خفت على نفسى أن أخرج من الدنيا على غير دين الإسلام، لكثرة ما أقع فى الفقهاء وأغتابهم.

وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه قال: اتقوا شهرتين فى اللباس، معناه لا ينبغى للإنسان أن يختار لنفسه اللبسة المحقورة التى ترجع إلى الإهانة، و لا اللبسة المشهورة التى تجعل اللابس نفسه أعجوبة للخلق ينظر إليه كل ناظر، بل يختار فيما بين ذلك [فالوسط][1] محمود فى كل شىء.

٩٥٤٨- قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الكسب: ينبغى أن يلبس عامة الأوقات الغسيل، ويلبس أحسن ما يجد فى بعض الأوقات إظهارًا لنعمة الله تعالى، فإن ذلك مندوب إليه. ولا يلبس أحسن ما يجد فى جميع الأوقات؛ لأن ذلك يؤذى المحتاجين، وكذلك فى زمان الشتاء لا ينبغى أن يظاهر بين جبتين أو ثلاثة، إذا كان يكفيه لدفع البرد جبة واحدة؛ لأن ذلك يؤذى المحتاجين، وهو منهى عن اكتساب سبب أذى الغير. ذكر الحاكم فى "المنتقى": لا بأس بلبس الخز، والخز اسم لدابة تكون فى البحر يكون على جلدها خز، وإنه ليس من جملة الحرير، والمحرم على الرجال لبس الحرير لا لبس غيره.

٩٥٤٩- وأما التوسد بالحرير والديباج، والنوم عليه فحرام عند محمد رحمه الله تعالى، وهو قول أبى يوسف، وعند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لا بأس به، وعلى هذا

---

(١) أثبت من "ظ".

الاختلاف ستر الحرير وتعليقه على الأبواب. ولهما ما روى عن سعد ابن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه أنه قال: لأن أتوسد على الجمر أحب إلى من أن أتوسد على الحربر، وعن على رضى الله تعالى عنه أنه أتى بدابة، على سرجها حرير، فقال: هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة، ولأن التنعم بالجلوس والنوم عليه مثل اللبس، وذلك من عادة المسرفين. وأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول: النص ورد بتحريم اللبس والنوم عليه دون اللبس فى الاستعمال، فلا يلحق به، ولأنا أجمعنا على أن القليل من الملبوس حلال، وهو ما قلنا من الأعلام، فكذلك القليل من اللبس والاستعمال، وهذا لأن التوسد والنوم عليه وافتراشه استعمال على سبيل الامتهان، فقصر معنى الاستعمال والتزين فيه، فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذى هو استعمال كامل إليه، بل كان هو بقليل الملبوس أشبه، ليصير سببًا للرغبة فى الآخرة.

٩٥٥٠- وفى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: وليس القعود على الحرير والديباج كاللبس، فإن أراد بقوله: لبس القعود على الحرير والديباج كاللبس نفى الكراهة عن القعود أصلا، صار عن محمد رحمه الله تعالى روايتان، فإن ظاهر مذهبه أن القعود على الديباج يكره، وإن أراد به إثبات التقارب فى الكراهة لا يصير فى المسألة روايتان، بل كل واحد منهما مكروه، إلا أن اللبس أشد كراهة؛ لأن الاستعمال فيه أكثر.

٩٥٥١- وفى "شرح القدورى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه قال: أكره ثوب القز يكون بين الفرو وبين الظهارة، ولا أرى بحشو القز بأسًا [وذلك لأن الثوب إذا كان بين ثوبين فهو ملبوس والبس الحرير لا يجوز للرجال][1]، فأما الحشو فليس بملبوس، إذ ليس عليه منه شيء، فلا يكره عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لهذه العلة، وعندهما ليس بملبوس ولا مفروش فلا يكره. وعنه أيضًا: وما كان من الثياب الغالب عليها غير القز كالخز ونحوه، فلا بأس بلبسه للرجال، وما كان ظاهره قز فهو مكروه، وكذا ما كان خط منه خز وخط منه قز وهو ظاهر فهو مكروه.

٩٥٥٢- وفى "شرح القدورى" أيضًا عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه قال: لا بأس بالقز أكلها السباع وغير ذلك، وأما الميتة المدبوغة المذكاة، وقال: دباغها ذكاتها، وهذا لأن الجلود كلها تطهر بالدباغة إلا جلد الإنسان والخنزير. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[2]، وروى أن رسول الله ﷺ أراد أن يتوضأ فى ماء فى

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) أخرجه الترمذى فى "سننه" (١٧٢٨): باب ما جاء فى جلود الميتة إذا دبغت، والنسائى فى "سننه"

شن، فقيل له : إنه جلد حمار ميت، فقال عليه الصلاة والسلام : «أليس في الشث والقرط ما يطهر فإنما يلبس عينًا طاهرًا فلا يكون به بأسًا».

الجبة إذا كانت كفافها من ديباج، هل يكره للرجال لبسها؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. وذكر الطحاوي في "شرح الآثار" حديثين، أحدهما يدل على الكراهة، والآخر يدل على عدم الكراهة، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في "شرح السير الكبير": الصحيح أنه لا يكره، وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام على السغدي في شرحه أنه لا يكره، ولم يذكر فيه اختلاف المشايخ، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في رواية "السير" -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب-.

(٤١٤٢): باب جلود الميتة، وابن ماجه في "سننه" (٣٦٠٩): باب لبس جلود الميتة إذا دبغت، والنسائي في "الكبرى" (٤٥٦٧)، والحميدي في "مسنده" (٤٨٦)، والطبراني في "الأوسط" (٧٢٨٩)، والبيهقي في "الكبرى" (٥٠): باب طهارة جلد الميتة.

الفصل الحادى عشر
فى استعمال الذهب والفضة

٩٥٥٣- فى "الجامع الصغير" عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أنه كان يكره الأكل والشرب فى آنية الفضة والذهب والادّهان فيهما. والأصل فى ذلك ما روى عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن الشرب فى آنية الذهب والفضة، وألحق الوعيد بالشارب فيهما فإنه قال: «من شرب فيهما فكانا يجرجر فى بطنه نار جهنم»[١]. وفى بعض الأخبار: «أن من أكل أو شرب». وروى أن حذيفة رضى الله تعالى عنه نزل عند دهقان من العجم فقدم إليه الشراب فى آنية الفضة فردها عليه، وقال: «إن رسول الله ﷺ كان ينهانا عن الشرب فى أوانى الفضة»[٢]، والمعنى فى ذلك أنه تشبه بالأكاسرة والجبابرة، والتشبه بهم فيما له بد منه مكروه، وإذا ثبت الكراهة فى الأكل والشرب ثبت الكراهة فى الادّهان، أما لأن الادّهان منفعة تخص البدن، فيكون بمنزلة الأكل والشرب، أو لأن كراهة الأكل والشرب فى الذهب والفضة لمكان التشبه بالأكاسرة، وذلك موجود فى الادّهان.

قالوا: وهذا إذا كان يصب الدهن من الآنية على رأسه أو بدنه، أما إذا أدخل يده فى الإناء وأخرج منها الدهن، ثم استعمله، فلا بأس به، وكذلك أخذ الطعام من القصعة، ووضعه على خبز، أو ما أشبه ذلك، ثم أكل لا بأس به، قال: ويستوى فيه الرجل والمرأة، يعنى فى الأكل والشرب من الذهب والفضة لعموم النهى، فإن كلمة "من" كلمة عامة.

٩٥٥٤- قال: وكان أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه لا يرى بالإناء المفضض بأسًا، إذا وضع فاه على العود أو على الكوز، وكره أبو يوسف رحمه الله تعالى ذلك، وكذلك الاختلاف فى الإناء المضبب، وكذلك الكرسى المضبب بالذهب والفضة لا بأس بالجلوس عليه عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا لم يقعد على موضع الذهب، وكذلك تذهيب

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٥٣١١): باب آنية الفضة، ومسلم فى "صحيحه (٢٠٦٥) فى كتاب اللباس: باب تحريم استعمال أوانى الذهب والفضة، والنسائى فى "سننه الكبرى" (٦٨٧٧-٣٨٧٨ و٦٨٧٩)، وابن ماجة فى "سننه" (٣٤١٣): باب الشرب فى آنية الفضة، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٤١٣٥)، وأحمد فى "مسنده" (٢٦٦١٠)، والطبرانى فى "المعجم الصغير" (٥٦٣)، والطيالسى فى "مسنده" (١٦٠١)، وأبو يعلى فى "مسنده" (٢٧١١).

(٢) أخرجه ابن عبد البر فى "التمهيد" ١٦/ ١٠٥.

السقف لا بأس به عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وكذلك المداهن والمجامر والسرير المضبب لا بأس به عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وكره أبويوسف رحمه الله تعالى ذلك.

٩٥٥٥- وكذلك إذا جعل المصحف مذهبًا أو مفضضًا لا بأس به عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وكره عند أبى يوسف رحمه الله تعالى. وقياس قول أبى حنيفة أن لا يكره فى الباب والسرج واللجام، وقول محمد رحمه الله تعالى مثل قول أبى يوسف، هكذا حكاه القاضى الإمام أبو عاصم العامرى المروزى. وهذا كله إذا كان يخلص، فأما التمويه فهو أن يجعل الذهب ماء بحيث لايخلص بعد ذلك فلا بأس به بالإجماع.

حجتهما العمومات الواردة بالنهى عن استعمال الذهب والفضة، ومن استعمل إناء كان مستعملا كل جزء منه فيكره. وهذا لأن الحرمة فى استعمال الذهب والفضة فى الإناء وغيره إنما كان لما فيه من التشبيه بالأكاسرة والجبابرة، فكل ما كان بهذا المعنى يكره، بخلاف خاتم الفضة للرجال وحلية السيف والمنطقة حيث لا يكره؛ لأن الرخصة جاءت فى ذلك نصّا، أما ههنا بخلافه.

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى حرفان: أحدهما: أن الأصل فى المخلوقات إباحة الانتفاع بها والحرمة لعارض، والنص ورد فى تحريم الشرب والأكل فى آنية الذهب والفضة، فكل ما كان يشبه المنصوص عليه فى الاستعمال يلحق بالمنصوص عليه، وما لا يشبه المنصوص عليه يبقى على أصل الإباحة، وههنا يتصل الذهب والفضة ببدنه، وهنا لم يتصل ببدنه، فلم يكن نظير المنصوص عليه فى الاستعمال. فالحاصل أن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه على هذا الوجه اعتبر حرمة الاستعمال فيما يتصل ببدنه صورة. والثانى أن هذا تابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير، والعلم فى الثوب، وقياسا على الشرب من يده وعلى خنصره خاتم فضة، فإن ذلك لا يكره.

وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى فى الشرب من القصعة المضببة من الذهب العريض أو الفضة العريضة أو الفضة تجعل على وجه الباب وما أشبه ذلك، أن الضباب تجعل على القصعة إذا كانت لتقوم القصعة بها لا للزينة: لا بأس به بوضع الفم على الضباب، وإن كان الضباب لأجل الزينة لا لأجل تقوم القصعة بهما كره وضع الفم على الضباب.

٩٥٥٦- وهذا القائل يستدل بمسألة ذكرها محمد رحمه الله تعالى فى السير فى باب الأنفال. وصورتها: إذا قال الأمير للجند من أصاب ذهبًا أو فضة فهو له، فأصاب رجل قصعة

مضببة بالذهب والفضة ، أو قدحا مضببًا بهما ، فإن كانت الضبات لزينة القصعة بها كانت الضبات للمتنفل له ، وإن كانت الضباب لتقوم القصعة بها بحيث لو نزعت الضباب لا تبقى القصعة لم تكن الضباب للمتنفل ؛ لأن الضباب إذا كانت لتقوم القصعة بها تعتبر من أجزاء القصعة ، والقصعة غير الذهب والفضة ، فصارت الضباب غير الذهب والفضة معنى ، ألا ترى أنه لم يجعل الضباب فى هذه الصورة للمتنفل ، وإنما لم يجعل ؛ لأنها غير الذهب والفضة معنى ، كذا ههنا ، فيجوز وضع الفم عليها .

٩٥٥٧- ثم فرق بين التختم بالفضة ، فإنه حلال ، وبين الجلوس على كرسى الفضة ، فإنه حرام ، والفرق أنه لا بد من إطلاق القليل فى الدنيا ليصير نموذجًا لما وعد الله تعالى فى الآخرة لمن آمن وعمل صالحًا ، ولا يطلق على وجه يصير مقصودًا ، والحرير والديباج لباس أهل الجنة . قال الله تعالى : ﴿وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ﴾[1] ، فيجب إطلاق القليل منه كالعلم ، والقليل من لبسه نحو الافتراش ليكون نموذجًا لذلك الكثير الكامل . فأما الفضة فليس منها فى دار الآخرة لباس ، وإنما يكون منه الكرسى والسرير وما أشبه ذلك ، فلو أطلقنا ذلك فى الدنيا ، لصار عين الموعود فى دار الآخرة مطلقًا ، وعين الموعود لا يصلح أنموذجًا ، فصار هذا نظير لبس الحرير الخالص ، ولبس الحرير الخالص حرام ، فكذلك الجلوس على الكرسى من الفضة ، وصار لبس الخاتم مثل افتراش الحرير .

٩٥٥٨- وفى "المنتقى" : روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه كان يكره أن تستجمر بجمر الذهب والفضة ، كما هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : ولا خير فى أن يكتحل بمكحلة من فضة ، أو بميل من ذهب أو فضة ، وكذلك المرآة والأشانة ، وقال أبو حنيفة : ولا بأس بحلقة المرآة من الفضة إذا كانت المرآة حديدًا ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا خير فيه ، وذكر الحاكم فى "المنتقى" : لا خير فى أن يلبس الرجل ثوبًا فيه كتابة بذهب أو فضة ، ولم يذكر أنه قول من ذكر القدورى أنه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، قال : وعلى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : لا يكره ، وأما المرأة فلا بأس بأن تلبسه .

٩٥٥٩- وفى "الجامع الصغير" : لا يتختم إلا بالفضة . هذا اللفظ بظاهره يقتضى أن التختم بالذهب والحديد والصفر والشبه وما أشبه ذلك حرام على الرجال ، أما التختم بالذهب فحرمته على الرجال مذهب عامة العلماء ، وقال بعض العلماء : لا بأس به لحديث

---

(١) سورة الحج : الآية ٢٣ .

البراء بن عازب رضى الله تعالى عنه : أنه لبس خاتم فضة ، فقال : كسانيه رسول الله ﷺ . وروى أن طلحة بن عبد الله رضى الله تعالى عنه قد قتل وعليه خاتم ذهب ، وقاس التختم بالذهب على التختم بالفضة ، وإنه حلال بلا خلاف .

وجه قول عامة العلماء حديث على وعبد الله بن مسعود وأبى هريرة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين : إن رسول الله ﷺ نهى عن ذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام : «هذان حرامان على ذكور أمتى حل لإناثها»[١] . وحديث براء ابن عازب رضى الله تعالى عنه محمول على ما قبل النهى ، الدليل عليه أن رسول الله ﷺ اتخذ خاتمًا من ذهب ، فاتخذ الناس خواتيم الذهب ثم رماه رسول الله ﷺ ، وقال : «لا ألبسه»[٢] فرماه الناس .

وحديث طلحة رضى الله تعالى عنه معارض بحديث على وابن مسعود وأبى هريرة . وقياس التختم بالذهب على التختم بالفضة قياس فاسد ؛ لأن جواز التختم بالذهب عرف بالحديث ، فإنه روى أن رسول الله ﷺ بعد ما رمى بخاتم الذهب اتخذ خاتمًا من الفضة ، وفى الذهب نص بخلافه ، ونوع من الأنواع من المعنى يدل على الفرق ؛ فإن التختم بالفضة إنما جار إلى الحاجة إلى التختم ، أو ليكون أنموذجًا ، والحاجة تندفع بالفضة ، فبقى الذهب على أصل الحرمة .

٩٥٦٠- وأما التختم بالحديد والرصاص والصفر والشبه ، فهو حرام على الرجال والنساء جميعًا ، والأصل فيه ما روى أن رسول الله ﷺ رأى على رجل خاتم صفر ، فقال : «ما لى [أجد منك ريح الأصنام»[٣] ، ورأى رسول الله ﷺ خاتمًا من حديد ، فقال : «ما لى][٤] أرى عليك حلية أهل النار»[٥] ، وإذا ثبت التحريم فى حق الحديد والصفر ثبت التحريم فى حق

---

(١) مضى تخريجه .

(٢) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٥٥٢٧-٥٥٢٨) : باب خواتيم الذهب ، وباب خاتم الفضة ، ومسلم فى "صحيحه" (٢٠٩١) : باب لبس النبى ﷺ خاتمًا من ورق نفسه محمد رسول الله ، وأبو داود فى "سننه" (٤٢١٨) : باب ما جاء فى اتخاذ الخاتم ، والنسائى فى "سننه" (٥٢١٦-٥٢١٧) : باب نزع الخاتم عند دخول الخلاء ، وأحمد فى "مسنده" (٥٢٤٩) ، والبيهقى (٦٣٤٨) فى "شعب الإيمان" .

(٣) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٤٢٢٣) : باب ما جاء فى خاتم الحديد ، والترمذى فى "سننه" (١٧٨٥) : باب ما جاء فى خاتم الحديد ، والنسائى فى "سننه" (٥١٩٥) : باب مقدار ما يجعل فى الخاتم من الفضة ، وأحمد فى "مسنده" (٦٥١٨) ، والنسائى (٩٥٠٨) أيضًا فى "الكبرى" .

(٤) وهذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى توجد عندنا .

(٥) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٤٢٢٣) : باب ما جاء فى خاتم الحديد ، والترمذى فى "سننه" (١٧٨٥) :

الشبه؛ لأنه قد يتختم منه الصنم، فيوجد منه ريح الأصنام، وهو المعول عليه فى النهى عن التختم بالصفر على ما وقعت الإشارة إليه فى الحديث.

٩٥٦١- وأما التختم بالحجر الذى يسمى يشبًا، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه وظاهر عموم النهى فى الكتاب يدل على الحرمة، قال: ولا بأس بأن يكون الفص من الحجر، وهذا دليل على أن العبرة فى الخطر، والإباحة للحلقة لا الفص، وهو المذهب؛ لأنه إنما يصير مستعملا للحلقة لا للفص. قال: ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى الفص يريد به المسمار ليحفظ به الفص، وإنما لا يكره ذلك لأنه تابع للفص، ولأنه لا تزيين به فى العادة؛ لأنه لا يظهر، ولأنه قليل، فصار كالقليل من الحرير، وقد ورد فى القليل من الحرير نص وهو قدر أربع أصابع.

٩٥٦٢- وفى الفتاوى: ولا بأس بأن يتخذ خاتم حديد قد سوى عليه فضة، وألبس بفضة حتى لا يرى؛ لأن التزيين يقع بالفضة دون الحديد، لأن الحديد ليس بظاهر.

ذكر فى "الجامع الصغير": وينبغى أن يكون قدر فضة الخاتم المثقال، ولايزاد عليه، وقيل: لا يبلغ به المثقال، وبه ورد الأثر على ما يأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

٩٥٦٣- ثم التختم سنة، ولكن فى حق من يحتاج إلى التختم، بأن يكون سلطانًا أو قاضيًا، فإن النبى ﷺ إنما تختم عند حاجته إلى الختم، فأما إذا لم يكن محتاجًا إلى الختم فالترك أفضل. وحكى أن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى رأى بعض تلامذته قد تختم حالة التعلم، فقال: إذا صرت قاضيًا فتختم، ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فى "البستان": كره بعض الناس اتخاذ الخاتم إلا لذى سلطان، وأجازه عامة أهل العلم. وإذا تختم ينبغى أن يجعل الفص إلى بطن الكف لا إلى ظهر الكف، هكذا روى عن رسول الله ﷺ. وهذا فى حق الرجال، فأما فى حق النسوان فلا يفعلن كذلك، يعنى لا يجعلن الفص إلى بطن الكف إن شئن؛ لأن التزين مباح لهن، والتزين لا يحصل بذلك[1].

٩٥٦٤- قال فى الفتاوى: وينبغى أن يلبس الخاتم فى خنصره اليسرى دون سائر أصابعه، ودون اليمنى؛ لأن لبسه فى اليمنى علامة الرفض، وأما الجواز ثابت فى اليمنى والشمال جميعًا وبكل ذلك ورد الأثر. وذكر الفقيه أبو الليث فى "البستان": وقال عليه

باب ما جاء فى خاتم الحديد، والنسائى فى "سننه" (٥١٩٥): باب مقدار ما يجعل فى الخاتم من الفضة، وأحمد فى "مسنده" (٢٣٠٨٤)، وابن حبان فى "صحيحه" (٥٤٨٨)، والبيهقى (٦٣٥٠) فى "شعب الإيمان"، وابن عبد البر فى "التمهيد" ١٧/ ١١٤.

(١) كذا فى النسخ، ولعل الصواب: والتزين لا يحصل إلا بذلك.

الصلاة والسلام لواحد من أصحابه : «اتخذه من ورق ولا تبلغ به مثقالا وتختم به في يمينك»[1] .

٩٥٦٥- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير" : ولا تشد الأسنان بالذهب وتشدها بالفضة ، يريد به إذا تحركت الأسنان وخيف سقوطها ، فأراد صاحبها أن يشدها ، شدها بالفضة ، ولا يشدها بالذهب . وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وقال محمد رحمه الله تعالى : يشدها بالذهب أيضًا ، ولم يذكر في "الجامع الصغير" قول أبي يوسف ، قيل : هو مع محمد ، وقيل : هو مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وعلى هذا الاختلاف إذا جدع أنفه أو أذنه فأراد أن يتخذ أنفًا أو أذنًا من ذهب ، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : يتخذ ذلك من الفضة دون الذهب ، وعند محمد من الذهب أيضًا . وعلى هذا الاختلاف إذا سقط سنه ، فأراد أن يتخذ سنًا آخر ، على قول أبي حنيفة : يتخذ من الفضة دون الذهب ، وعند محمد رحمه الله تعالى يتّخذ من الذهب أيضًا .

حجة محمد ما روى أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب ، فاتخذ أنفًا من فضة فأنتن ، فأمره رسول الله ﷺ أن يتخذ أنفًا من ذهب . وأبو حنيفة رضي تعالى عنه يقول : الشرع حرم استعمال الذهب على الرجال مطلقًا من غير فصل . قال عليه الصلاة والسلام : «هذان حرام على ذكور أمتي»[2] من غير فصل ، غير أن الاستعمال لحاجة خارج عن التحريم ، والحاجة تندفع بالفضة ، وحكمه أقل ، فلا يباح الذهب كما في التختم . فأما حديث عرفجة ، قلنا : الحاجة في حقه لم تندفع بالفضة حيث أنتن .

وذكر بشر هذه المسألة في "النوادر" : وذكر الخلاف فيها على الوجه الذي ذكرنا في "الجامع الصغير" ، فقال على قول محمد : يشدها بالذهب أيضًا ، قال بشر : وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ، قال : ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال : لا يشدها بالذهب ، وهو قول الشافعي رضي الله تعالى عنه .

٩٥٦٦- وذكر الحاكم في "المنتقى" لو تحرك ثنية رجل ، وخاف سقوطها فشدها بذهب ، أو فضة لم يكن به بأس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وروى الحسن عن أبي

---

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" (٤٢٢٣) : باب ما جاء في خاتم الحديد ، والنسائي في "الكبرى" (٩٥٠٨) ، وابن حبان في "صحيحه" (٥٤٨٨) ، والبيهقي في "الكبرى" (٧٣٥٣) : باب ما ورد فيما يجوز للرجل أن يتحلى به ، وفي "شعب الإيمان" (٦٣٤٥) : ونسبه إلى "الصحيحين" .

(٢) مضى تخريجه .

حنيفة : أنه فرق بين السن والأنف، فقال فى السن : لا بأس بأن يشدها بالذهب وبالأنف كره ذلك، قال : لأن الأنف شىء ظاهر، فكان اتخاذه ذلك راجعًا إلى الزينة، فكان كاستعمال الحرير، واتخاذ الخاتم من الذهب، فأما السن شىء باطن فلم يكن اتخاذ ذلك راجعًا إلى الزينة، فصار كمسمار الذهب فى فص الخاتم .

ومما يتصل بهذا الفصل:

ما روى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى " الأمالى "، أنه إذا سقط ثنية رجل، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى يكره أن يعيدها، ويشدها بذهب أو فضة، وكان يقول : هى كسن ميتة يشدها مكانها، ولكن يتخذ سن شاة ذكية، ويشدها مكانها .

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا بأس بأن يشدها سنة مكانه . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : بين سنه وبين سن الميتة فرق، وإن لم يحضرنى، قال بشر : قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : سألت أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه عن ذلك، فجلس فى مجلس آخر، فلم يرَ بإعادتها بأسًا .

الفصل الثانى عشر
فى الكراهية فى الأكل

٩٥٦٧- قال الفقيه أبو الليث : وينبغى للرجل أن لا يكثر الأكل، ولا يأكل فوق الشبع، فإن ذلك مذموم عند الله تعالى وعند الناس، وهو يضر بالبدن، وروى عن بعض الأطباء أنه قيل له : هل تجد الطب فى كتاب الله تعالى؟ قال : نعم، قد جمع الله تعالى الطب فى هذه الآية، وهى قوله تعالى : ﴿كُلُوا وَاشرَبُوا وَلا تُسرِفُوا﴾[1] يعنى أن الإسراف فى الأكل والشرب يتولد منه الأمراض. وقيل : إذا كان الرجل قليل الأكل كان أصح جسمًا، وأجود حفظا، وأزكى فهمًا، وأقل نومًا، وأخف نفسًا.

٩٥٦٨- وذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الكسب : وكل واحد منهى عن إفساد الطعام، قال : ومن الإفساد السرف، والسرف فى الطعام أنواع، فمن ذلك أن يأكل فوق الشبع فإنه حرام، ومن المتأخرين من استثنى من ذلك حالة، أنه إذا كان له غرض صحيح فى الأكل فوق الشبع فحينئذٍ لا بأس به، وذلك أن يأتيه ضيف بعد ما أكل قدر حاجته، فيأكل لأجل الضيف، حتى لا يخجل، أو يريد صوم الغد، فيتناول فوق الشبع.

٩٥٦٩- ومن الإسراف فى الطعام الإكثار فى الباجات والألوان، وذلك منهى عنه إلا عند الحاجة، بأن يمل من باجة واحدة، فيستكثر من الباجات ليستوفى من كل نوع شيئًا، فيجتمع له مقدار ما يتقوى به على الطاعة. وكذلك إذا كان من قصده أن يدعو بالأضياف قومًا بعد قوم إلى أن يأتوا على آخر الطعام، فلا بأس بالاستكثار فى هذه الصورة.

٩٥٧٠- ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدعو جوانبه، أو يأكل ما انتفخ من الخبز، كما يفعله بعض الجهال، ويزعمون أن ذلك ألذ، ولكن ذلك إذا كان غيره لايتناول ما ترك من جوانبه، فأما إذا كان غيره يتناول ذلك : فلا بأس بذلك، كما لا بأس أن يختار لتناوله رغيفًا دون رغيف.

٩٥٧١- ومن الإسراف [التمسح بالخبز عند الفراغ من غير أن يأكل ما يمسح به؛ لأن غيره يستقذره فلا يأكله، وأما إذا أكل ما يمسحه به ، فلا بأس به. ومن الإسراف][2] إذا سقط

---

(١) سورة الأعراف : الآية ٣١.

(٢) هذه العبارة أثبتت من جميع النسخ التى فى أيدينا.

من يده لقمة أن يتركها، بل ينبغى أن يبدأ بتلك اللقمة، لأن فى تركها استخفاف بالخبز، ونحن أمرنا بإكرام الخبز. قال عليه الصلاة والسلام: «أكرموا الخبز فإنها من بركات السموات والأرض»[١]، وينبغى أن لا ينتظر الإدام إذا حضر الخبز، ويؤخذ فى الأكل قبل أن يأتى الإدام، هذه الجملة من كتاب الكسب.

٩٥٧٢- ويستحب غسل اليدين قبل الطعام، فإن فيه بركة. قال سلمان: قرأت فى التوراة: الوضوء قبل الطعام بركة، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «الوضوء قبل الطعام وبعده بركة»[٢] يعنى غسل اليدين. وإذا غسل يده بالنخالة، أو غسل رأسه بذلك، أو أحرقها إن لم يكن فيها من الدقيق شيء، وهى بحاله يعلف بها الدواب فلابأس بذلك؛ لأنها بمنزلة التبن. وينبغى أن يصب الماء من الآنية على يده بنفسه، ولايستعين بغيره، وقد حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أنه قال: هذا كالوضوء، ولا نستعين بغيرنا فى وضوءنا.

٩٥٧٣- ولا يؤكل الطعام حاراً، به ورد الأثر، ولا يشم الطعام، فإن ذلك عمل البهائم، ولا ينفخ فى الطعام والشراب؛ لأن ذلك سوء الأدب.

٩٥٧٤- ومن السنة أن يأكل الطعام من وسطه، يعنى فى ابتداء الأكل، ومن السنة أن يلعق أصابعه قبل أن يمسحها بالمنديل، وتركه من أمر العجم والجبابرة، ومن السنة لعق القصعة، جاء فى الحديث أن النبى ﷺ «أمر بلعق القصعة»[٣]، ومن السنة أن يأكل ما سقط من المائدة، ومن السنة أن يبدأ بالملح، ويختم بالملح -والله أعلم-. بيان ما يكره أكله من الحيوانات وما لايكره يأتى فى كتاب الصيد -إن شاء الله تعالى-.

٩٥٧٥- ذكر فى "عيون المسائل": إذا مر الرجل بالثمار فى أيام الصيف وأراد أن يتناول منها والثمار ساقطة تحت الأشجار، فإن كان ذلك فى المصر لا يسعه التناول، إلا إذا علم أن صاحبها قد أباح، إما نصّاً أو دلالةً، فإن كان فى الحائط، فإن كان من الثمار التى تبقى مثل

---

(١) أخرجه الطبرانى فى "الكبير" (٨٤٠)، والحاكم فى "مستدركه" (٧١٤٥)، والبخارى فى "التاريخ الكبير" (١٩٦٧)، وأبو شجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٢٠٠)، والطبرانى فى "مسند الشاميين" (١٥)، وذكره العقيلى فى "الضعفاء الكبير" (٩٨٢)، وابن حبان فى "المجروحين" (٧٣٢).

(٢) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٣٧٦١): باب فى غسل اليد قبل الطعام، والترمذى فى "سننه" (١٨٤٦): باب ما جاء فى الوضوء قبل الطعام وبعده، والبيهقى فى "شعب الإيمان" (٥٨٠٤)، والطبرانى فى "مسند الشاميين" (٣٠٩-٣١٠).

(٣) ذكره العجلونى فى "كشف الخفاء" (٢٠٥)، وذكره النووى فى "شرح مسلم١٣/ ٢٠٤.

الجوز وغيره لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التى لا تبقى تكلموا، قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتبين النهى إما صريحًا أو عادةً. وإن كان ذلك فى الرساتيق الذى يقال له بالفارسية: براسته فإن كان من الثمار التى تبقى لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التى لا تبقى، فالمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتبين النهى. وأما إذا كانت الأثمار على الأشجار فالأفضل أن لا يأخذه من موضع ما إلا بإذن، إلا أن يكون موضعًا كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم أكل ذلك فيسعه الأكل ولايسعه الحمل. وأما أوراق الشجر إذا سقط على الطريق فى أيام العليق[1]، فأخذ إنسان شيئًا من ذلك بغير إذن صاحب الشجر، فإن كان هذا ورق الشجر ينتفع بورقه نحو التوت وما أشبهه ليس له أن يأخذ، ولو أخذ يضمن، وإن كان لا ينتفع به له أن يأخذ، وإن أخذ لا يضمن.

٩٥٧٦- رفع الكمثرى من نهر جار ورفع التفاح وأكلها يجوز وإن كثر. فى "فتاوى أهل سمرقند" وفى هذا الموضع أيضًا: رفع الجمد من السقاية وحمله إلى منزله يكره، وفى هذا الموضع: الجوز الذى يلعب به الصبيان فى يوم العيد لا بأس بأكله إذا لم يكن لعبهم به على وجه المقامرة.

٩٥٧٧- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": لا بأس بالأكل متكيا إذا لم يكن على وجه التكبر.

٩٥٧٨- الأكل يوم الأضحى قبل الصلاة فيه روايتان، والمختار أنه لا يكره، ولكن يستحب الإمساك.

٩٥٧٩- أكل الطين مكروه، هكذا ذكر فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى". وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرح صومه: إذا كان يخاف على نفسه أنه لو أكله أورثه ذلك علة أو آفة، لا يباح له التناول، وكذلك هذا فى كل شىء سوى الطين، وإن كان يتناول منه قليلا وكان يفعل ذلك أحيانًا لا بأس به. والمرأة إذا اعتادت أكل الطين تمنع عن ذلك إذا كان ذلك يوجب نقصانًا فى جمالها فى هذا الموضع.

ومما يتصل بمسائل الأكل وضع المملحة على الخبز على الخوان:

وإنه مكروه؛ لأنه استخفاف بالخبز، ولكن ينبغى أن يوضع الملح وحده على الخبز، هكذا ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند"، وكان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول: لا أجد سنة

(١) وفى "ظ": فى أيام الفليق.

الذهاب إلى الضيافة، سوى إن أمر برفع المملحة عن الخبز، وأئمة بخارى لم يروا به بأسًا. وكذلك تعليق الخبز بالخوان مكروه، وكذلك يكره وضع الخبز تحت القصعة. قال: ورأينا كثيراً فعلوا ذلك ببخارى وسمرقند بحضرة الكبار من الأئمة ولم يمنعوا عنه. وكذلك يكره مسح الأصابع والسكين بالخبز إذا كان لايأكل ذلك الخبز بعد ذلك، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى لا يفتى بالكراهة فى وضع المملحة بالخبز، وفى تعليق الخبز بالخوان وفى وضع الخبز تحت القصعة، وفى مسح الأصابع والسكين بالخبز، إذا كان يأكل ذلك الخبز بعد ذلك. من مشايخ زماننا رحمهم الله تعالى من أفتى بكراهة مسح الإصبع[1] والسكين بالخبز، وإن أكل الخبز بعد ذلك.

٩٥٨٠- مضغ العلك للنساء لا بأس به بلا خلاف، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى مضغه للرجال، منهم من كره ذلك، و منهم من قال: إن كان الرجل يمضغ كما تمضغ المرأة، وكان يرى فى هيئته هيئة النساء يكره، وإن كان يمضغ جدّاً كما يمضغ الرغيف لا يكره. قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الصوم: والصحيح أنه لا بأس به فى حق الرجال والنساء جميعًا إذا كان لغرض صحيح. وفى مختلفات الفقيه أبى الليث: إذا ماتت دجاجة، وخرجت منها بيضة، جاز أكلها عند أبى جنيفة رحمه الله تعالى اشتد قشرها أو لم يشتد، ويجوز استعمال أنفحة الميتة غير أبى حنيفة رحمه الله تعالى مائعة كانت أو جامدة، وهى طاهرة عنده على كل حال، وعندهما إن كانت مايعة فهى نجسة فلا تستعمل، وإن كانت جامدة تغسل وتستعمل -انتهى- والله سبحانه أعلم.

---

(١) وفى "ظ": الأصابع مكان الإصبع.

الفصل الثالث عشر
في التهنئة ونثر الدراهم والسكر وما رمى صاحبه

٩٥٨١- ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" : أن التهنئة جائزة إذا أذن صاحبها فيها ، والأصل فيه ما روى عن النبى ﷺ : «أنه نحر خمس بدنات أو ست بدنات وقال من شاء اقتطع»[١] . إذا عرفنا هذا، فنقول : إذا وضع الرجل مقداراً من السكر أو عدداً من الدراهم بين قوم، وقال : من شاء أخذ منه شيئًا، أو قال : من أخذ منه شيئًا، فهو له، وكل من أخذ منه شيئًا يصير ملكًا له، ولا يكون لغيره أن يأخذ ذلك منه ؛ لأن هذا بمنزلة الهبة منه . بيانه أن قول صاحب السكر والدراهم : من أخذ منه شيئًا فهو له، تمليك للسكر والدراهم من الأخذ بغير مال، وهو تفسير الهبة، والأخذ من الآخذ قبول لتلك الهبة، فقد جرى بين صاحب الدراهم والسكر وبين الآخذ عقد هبة، وقد اتصل بها القبض، فيصير المقبوض ملكًا للقابض، فهو معنى قولنا : إن هذا بمنزلة الهبة .

٩٥٨٢- فإن قيل : هذا التصرف وإن كان ملكا من الآخذ إلا أنه كما يحتمل الهبة منه يحتمل الإقراض منه، وجعله إقراضًا أولى ؛ لأنه أقل فيكون متيقنًا[٢]، هذا كما قلنا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم، وقال : خذ هذه الدراهم فاعمل بها على أن يكون الربح كله لك : كان ذلك إقراضًا، ولم يكن هبة ؛ لأنه احتمل كلا الأمرين، والقرض أقلهما، وكذلك إذا دفع إلى رجل كر حنطة، وقال : ازرعه فى أرضى[٣] على أن يكون الخارج كله لك، كان معير الأرض منه، ومقروض الكر منه، ولم يجعل هبة منه، وطريقه ما قلنا .

والجواب : هذا هكذا فى كل موضع لم يترجح احتمال كونه هبة، على كونه قرضًا كما فى تلك المسألتين، وهنا ترجح احتمال كونه هبة بحكم العرف، فإن المتعارف والمعتاد فيما بين

---

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" (١٧٦٥) : باب فى الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ، وابن خزيمة فى "صحيحه" (٢٩١٧) : باب الرخصة فى اقتطاع لحوم الهدى بإذن صاحبها، والبيهقى فى "سننه الكبرى" (٩٩٩٤ و١٠٠١٩ و١٤٤٦٢) : باب نحر الإبل قيامًا، والطحاوى فى "شرح معانى الآثار" ٣/ ٥٠)، وأحمد فى "مسنده" (١٩٠٩٨)، والطبرانى فى "الأوسط" (٢٤٢١) .

(٢) هكذا ورد فى نسخ "ظ" و "ف" و "م"، وفى الأصل : متمكنا .

(٣) ورد فى نسخة "ظ" : فى أراضى .

الناس أنهم يريدون فى مثل هذه الهبة دون القرض .

الدليل عليه أنه كما جرى التعارف بهذا فيما يصح فيه الإقراض ، وهو ما كان من ذوات الأمثال ، جرى فيما لا يصح فيه الإقراض ، وهو ما ليس من ذوات الأمثال ، فإن التاجر إذ أثقل عليه أمتعته فى المفازة وعجز عن حملها يطرحها ويقول : من أخذ شيئًا فهو له ، وهنا لا يمكن حمله على القرض ؛ لأن إقراض المتاع لا يصح ، فعلمنا أن التعارف فى مثل هذا التصرف الهبة دون الصدقة ، والدليل عليه أن الناس تعارفوا نثر السكر والدراهم فى العرس والوليمة ، وأحد لم يقل بأن الماخوذ يكون قرضًا على الآخذ مع أنه يصلح للقرض ، فعلمنا أن التعارف فى هذا الباب الهبة دون القرض .

فإن قيل : كيف يمكن أن يجعل هذا هبة ، وأن الموهوب له وقت الهبة مجهول ، وجهالة الموهوب له وقت الهبة يمنع جواز الهبة؟ ألا ترى أن من قال : وهبت هذا العين لواحد من عرض الناس ، كانت الهبة فاسدة ، وفسادها لجهالة الموهوب له ، وجهالة الموهوب له يمنع جواز الهبة .

والجواب أن الموهوب له والموهوب وإن كانا مجهولين وقت الهبة إلا أن هذه الجهالة تزول عند القبض ، وما يمنع جواز الهبة .

ألا ترى أن من وهب لرجل مشاعًا يحتمل القسمة وسلم ، تجوز الهبة ، ويجعل كان الهبة من الابتداء وردت على المقسوم ، وهذا لما عرف أن تمام الهبة بالقبض ، فيكون العبرة لحالة القبض ، ووقت القبض الهبة معلومة ، والموهوب له معلوم ، فيجوز كما لو وهبه منه عند الأخذ . وكذلك الموهوب إذا كان غائبًا عن مجلس الهبة ، وأمر الواهب الموهوب له بقبضها فقبض ، جازت الهبة لما ذكرنا أن العبرة لحالة القبض ، وصار من حيث المعنى ، كأنه قال : اقبضها ثم أمسكها لنفسك هبة ، وكذلك إذا وهب الدين من غير من عليه الدين ، وأمره بقبضه ، فقبضه يجوز ؛ لأن الهبة عند القبض يصير عينًا فكأنه قال : اقبضه ثم اجعله لنفسك تم هبة ، فكذا هنا عند الأخذ يصير كان المالك قال له : خذه هبة لك ، وعند الأخذ الهبة والموهوب له معلومان ، والدليل عليه فصل نثر السكر فى العرس وغيره ، فإن هناك من أخذ شيئًا يصير ملكًا له ؛ لأن صاحب السكر بالنثر ملك السكر ممن ينهبه ، لأنه ينثره للانتهاب ، وصار راضيًا بصيرورة المنتهب ملكًا للمنتهب بالانتهاب ، ويصير عند الانتهاب كأنه قال للمنتهب : هو لك هبة ، فجاز لكون الموهوب له معلومًا وقت الأخذ ، وإن كان مجهولا وقت النثر ، كذا ههنا .

٩٥٨٣- اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى نثر الدراهم والدنانير والفلوس التى كتب

عليها اسم الله تعالى، منهم من كره ذلك؛ لأنها تقع تحت أقدام الذين ينهبون، فيطأونها، وفيه ترك تعظيم اسم الله تعالى، ومنهم من لم يكره ذلك؛ لأنه لم يقصد بذلك تعظيم الدراهم وإعزازها لا إهانتها، وانتهابهم لذلك تحقيق لذلك العز.

٩٥٨٤- وإذا نثر السكر، فحضر رجل لم يكن حاضراً وقت النثر قبل أن ينهب المنثور، وأراد أن يأخذ منه شيئًا، هل يكره ذلك؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: له أن يأخذ، واستدل هذا القائل بقول النبي ﷺ: «من شاء أقطع»، ومعلوم أن هذا يتناول الحاضر والذي يحضره. وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول: ليس له ذلك.

وإذا نثر السكر ووقع في ذيل رجل أو كمه، وأخذ غيره كان ذلك للآخذ، هكذا ذكر في "المنتقى". وذكر هذه المسألة في فتاوى أهل سمرقند وفصل الجواب تفصيلا، قال: إن كان بسط ذيله، أو كمه ليقع عليه السكر لا يكون لأحد أخذه، ولو أخذه كان لصاحب الذيل أن يسترد منه، وإن لم يبسط ذيله، أو كمه لذلك، فالسكر للآخذ، وليس لصاحب الذيل والكم أن يسترده منه.

٩٥٨٥- وإذا دخل الرجل مقصورة الجامع، ووجد فيها سكراً جاز له الأخذ، إلا على قول الفقيه أبي جعفر؛ لأن السكر إنما يدخل في المقصورة لأجل النثار في العقد غالبًا، والموجود بقية النثار غالبًا، إلا أن هذا الرجل لم يكن حاضرا وقت النثر، فلا يملك الأخذ على قول الفقيه أبي جعفر.

ولو مر بسوق الغابين[1]، فوجد سكراً لم يسعه أن يأخذه، لأن الغالب أنه سقط من حوانيتهم والحكم للغالب.

٩٥٨٦- وفي "فتاوى أبي الليث": إذا دفع الرجل إلى غيره سكراً، أو دراهم لينثره على العروس، فأراد أن يحبس لنفسه شيئًا، ففيما إذا كان المدفوع دراهم ليس له ذلك؛ لأنه مأمور بالنثر لا بالحبس، وكذا ليس له أن يدفع الدراهم إلى غيره لينثر؛ لأن صاحب الدراهم ائتمنه، أما ما أمن غيره، وإذا نثره ليس له أن يلتقط منه شيئًا، وفيما إذا كان المدفوع سكراً له أن يحبس قدر ما يحبسه الناس في العادة. هكذا اختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، قال: لأن أمر السكر على السهولة، وأمر الدراهم على الاستقصاء. وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ليس له ذلك، وله أن يدفع السكر إلى غيره لينثره، وإذا كان نثر، له أن يلتقط، كذا اختاره الفقيه أبو الليث، وبعض مشايخنا قالوا: ليس له ذلك، كما في الدراهم.

---

(١) هكذا ورد في نسخ "ظ" و "ف" و "م"، وفي الأصل: بسوق الفانيز.

٩٥٨٧- وفي "نوادر ابن سماعة" : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل نفق حماره، فألقاه في الطريق، فجاء إنسان وسلخه، ثم حضره صاحب الحمار، فلا سبيل له على أخذ الجلد، ولو لم يلق الحمار على الطريق، فأخذه رجل من منزل صاحبه وسلخه، وأخذ جلده فلصاحبه أن يأخذ الجلد ويرد ما زاد والدباغ فيه. وعنه أيضًا في شاة ميتة نبذها أهلها، فأخذ رجل صوفها وجلدها ودبغها، فذلك له، فإن جاء صاحبها بعد ذلك أخذ الجلد ورد ما زاد الدباغ فيه. وجوابه في مسألة الشاة مخالف جوابه في مسألة الحمار، فيجوز أن يقاس كل واحد من المسألتين على الأخرى، فيصير في المسألتين روايتان. ومن هذا الجنس مسائل كثيرة، ستأتي في كتاب اللقطة -إن شاء الله تعالى-.

الفصل الرابع عشر
فى الكسب

بدأ محمد رحمه الله تعالى كتاب الكسب الذى صنفه بحديث رواه ابن مسعود رضى تعالى عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : «طلب الكسب فريضة على كل مسلم كما أن طلب العلم فريضة»[١]، وهذا لأن الله تعالى فرض الفرائض على عباده، ولا يتوصل إلى أداء الفرائض إلا بالكسب، فكان فريضة بمنزلة الطهارة لأداء الصلاة.

وبيان ذلك أن تمكنه من أداء الفرائض بقوة بدنه، ولا حصول لقوة البدن عادة إلا بالقوت، ولا حصول للقوت إلا بالكسب، فكان فريضة. وكذلك لا بد للصلاة من الطهارة، ولا بد للطهارة من آنية يتوضأ بها، ولا حصول للآنية إلا بالكسب، وكذلك لا بد للصلاة من ستر العورة، وستر العورة إنما يحصل بالثوب، وطريق تحصيل الثوب الكسب، فهو معنى قوله: إنه لا يتوصل إلى أداء الفرائض إلا بالكسب فصار الكسب فرضا، كيف و أن الله تعالى أمر بالتجارة فى كتابه بقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانتَشِرُوا فِي الأرضِ وَابتَغُوا مِن فَضلِ اللهِ﴾[٢]، والمراد منه التجارة، والأمر على الوجوب.

ولأن الكسب طريق الأنبياء والرسل، وأول من اكتسب أبونا آدم عليه الصلاة والسلام، فإنه لما أهبط إلى الأرض أتاه جبريل صلوات الله عليه وسلامه بالحنطة، وأمره أن يزرعها فزرعها وسقاها وحصدها وداسها وطحنها وخبزها. وكذلك نوح صلوات الله عليه وسلامه كان نجاراً يأكل من كسبه، وإدريس صلوات الله عليه وسلامه كان خياطًا، وإبراهيم صلوات الله عليه وسلامه كان بزازًا، حتى روى أن نبينا ﷺ قال: «عليكم بالبز فإن أباكم إبراهيم كان بزازًا»[٣] وداود صلوات الله عليه وسلامه كان يصنع الدروع، وسليمان صلوات الله عليه وسلامه كان يصنع المكاتل، وزكريا عليه السلام ككان نجاراً، وعيسى عليه السلام كان يأكل من غزل أمه، وربما كان يلتقط السنابل؛ فعلمنا أن الكسب طريق الأنبياء والمرسلين صلوات الله

---

(١) ذكره المناوى فى "فيض القدير" ٤/ ٢٧٠ بلفظ: "طلب كسب الحلال"، وابن حجر فى "سبل السلام" ٤/ ١٧٧.

(٢) سورة الجمعة: الآية ١٠.

(٣) أخرجه أبو نعيم فى "حلية الأولياء" ٩/ ٦٣.

على نبينا وعليهم، ونحن أمرنا بالاقتداء بهداهم، قال تعالى ﴿فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ﴾[1].

٩٥٨٨- ثم الكسب على مراتب: فمقدار ما لا بد لكل أحد منهم يعنى ما يقيم به صلبه، يفترض على كل أحد اكتسابه عينًا، وكذلك إذا كان له عيال من زوجة وأولاد صغار، فإنه يفترض عليه الكسب بمقدار كفايتهم عينًا؛ لأن نفقة الزوجة مستحقة على الزوج، وكذلك نفقة الولد مستحقة على الوالد، ولا يتوصل إليها إلا بالكسب، فصار الكسب مستحقًا عليه [وكذلك إذا كان له أبوان معسران يفترض عليه الكسب بقدر كفايتهما لأن نفقتهما فرض عليه][2]، وما زاد على قدر كفايته، وكفاية عياله مباح إذا لم يرد به الفخر والرياء.

ثم المذهب عند جمهور الفقهاء رحمهم الله تعالى: أن جميع أنواع الكسب فى الإباحة على السواء، وقال بعض الفقهاء: الزراعة مذمومة، والصحيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فقد صح أن رسول الله ﷺ أزرع بالحرث، وقال عليه الصلاة والسلام: «اطلبوا الرزق فى خبايا الأرض»[3]، يعنى الزراعة، وكان لابن مسعود والحسن بن على وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم أرض بسواد العراق يزرعونها ويؤدون خراجها.

٩٥٨٩- ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى فى التجارة والزراعة: أيهما أفضل؟ قال بعضهم: التجارة أفضل، قال عمر رضى الله تعالى عنه: لأن أموت بين شعبتى رجل أضرب فى الأرض أبتغى من فضل الله أحب إلى من أن أقتل مجاهدًا فى سبيل الله. أكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى على أن الزراعة أفضل، لأن الزراعة أعم نفعًا؛ لأنه يتناول مما تحصل بزرعه هو والدواب والطيور.

٩٥٩٠- قال: وعلى الناس اتخاذ الأوعية لنقل الماء إلى النساء، لأنهن يحتجن إلى الماء للشرب، ولا يمكنهن الخروج ليشربن من الأنهار والحياض؛ لأنهن أمرن بالقرار فى البيوت، وكان على الأزواج أن يأتوا بذلك إليهن، لأن الشرع ألزمهم ما هو من حوائجهن كالنفقة، والماء من حوائجهن.

٩٥٩١- قال: ومن امتنع عن الأكل حتى مات وجب دخول النار عليه؛ لأنه قتل نفسه قصدا، فهو بمنزلة ما لو قتل نفسه بحديدة.

وفى "واقعات الناطفى": إسكاف أمره إنسان أن يتخذ له خفًا مشهورًا على زى الفسقة

---

(١) سورة الأنعام: الآية ٩٠.

(٢) هذه العبارات أثبتت من جميع النسخ التى عندنا.

(٣) ذكره ابن الجوزى فى "العلل المتناهية" (٩٩١)، والهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٢/ ٦٠٣.

أو المجوس، وزاد له فى أجره، فإني لا أرى أن يفعل ذلك. وكذلك الخياط، إذا أمره إنسان أن يخيط له ثوبًا على زى الفساق، وكذلك كعب الرجال مع سريره. وبيع الزنار من النصرانى، وبيع قلنسوة المجوسى عن المجوسى جائز من غير كراهة، قالوا: وبيع المكعب المفضض من الرجال إذا علم أنه يلبس مكروه، والكلام هنا أظهر من الكلام فى البيع المكعب مع سريره.

٩٥٩٢- وفى "العيون": إذا استاجر رجل رجلا لغسل الميت، فلا أجر له، ولو استأجره لحمل الميت، أو حفر القبر، فله الأجر. وفى القدورى ذكر مسألة الغسل وحمل الميت، وفصل الجواب فيهما تفصيلا، قال: إن كان فى موضع لا يجد من يغسله، أو يحمله غير هؤلاء، فلا أجر لهم، وإن كان ثمه أناس غيرهم، فلهم الأجر، وستأتى هذه المسألة فى كتاب الإجارات - إن شاء الله تعالى-.

٩٥٩٣- وفى "فتاوى أهل سمرقند": استأجر رجلا لضرب الطبل، إن كان للهو لايجوز، لأنه معصية، وإن كان للغزو، أو للقافلة يجوز؛ لأنه طاعة.

وفى "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: فى امرأة نائحة، أو صاحب طبل، أو مزمار اكتسب مالا، قال: إن كان على شرط، رده على أصحابهم إن عرفهم، يريد بقوله: على شرط إن شرطوا لها أو له مالا بإزاء النياحة أو بإزاء الغناء، وهذا لأنه إذا كان الأخذ على شرط كان المال بمقابلة المعصية، فكان الأخذ معصية، والسبيل فى المعاصى ردها، وذلك هنا برد المأخوذ إن تمكن من رده بأن عرف صاحبه، وبالتصدق منه إن لم يعرف، ليصل نفع ماله إن كان لا يصل إليه عين ماله، أما إذا لم يكن الأخذ على شرط، فلم يكن الأخذ معصية، فالدفع حصل عن المالك برضاه، فيكون له، ويكون حلالا.

٩٥٩٤- وفيه أيضًا عن محمد رحمه الله تعالى: فى كسب المغنية إن قضى به دين لم يسع لصاحب الدين أن يأخذه؛ لأنه فى يدها بمنزلة الغصب، وأما فى القضاء فهو مخير على الأخذ. وينبغى على قياس المسألة المتقدمة أنها إذا إخذت ذلك من غير شرط، أن يسع لرب الدين أن يأخذه. وفيه أيضًا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا ورث ورثة خمرًا وهم مسلمون، لا أقسم الخمر بينهم، ولكنها تخلل، ثم تقسم.

وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل مات وكسبه من بيع الباذق، إن تورع ورثته عن أخذ ذلك كان أولى، ويردون على أربابها إن عرفوا أربابها؛ لأنه تمكن فيه نوع خبث، وإن لم يعرفوا أربابها، فالميراث حلال لهم فى الحكم، ولا يلزمهم التصدق، ولسنا نأخذ بهذه الرواية، بل هو حرام مطلق على الورثة، قال: وإن تورعوا وتصدقوا كان أولى.

وكذلك الجواب فيما إذا أخذ رشوةً أو ظلمًا إن تورع الورثة كان أولى ، وإذا أراد الوارث أن يتصدق ينبغي أن يتصدق بينه[١] خصماء أبيه .

وفي "فتاوى أهل سمرقند" قال : وأما الذي يأخذه الثابجة والقوال والمغني ، فالأمر فيه أيسر ؛ لأن فيه إعطاء برضاه من غير عقد ، وقد ذكرنا الكلام في كسب المغنية والنائحة ، والفتوى على ما ذكرنا قبل هذا .

سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن اكتسب ماله من أمر السلطان وجمع المال من أخذ الغرامات المحرمة وغير ذلك ، هل يجد لأحد عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال : أحب إلي في دينه أن لا يأكل منه ، ويسعه أكله حكمًا إن كان ذلك الطعام لم يقع في يد المطعم غصبًا ، أو رشوةً .

٩٥٩٥- رجل يبيع التعويذ في مسجد الجامع ، ويكتب فيه التوراة والإنجيل ويأخذ عليه مالا ، ويقول : إني أدفع هذا هدية لا يحل له المأخوذ ؛ لأنه نص على الهدية ، وأخذ المال على الهدية لا يجوز .

٩٥٩٦- وذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الكسب كسب الخصي مكروه ، ولم يرد به ما اكتسبه ، وإنما أراد به أن اتخاذه خصيا وخصاه مكروه ، نقل ذلك عن كتاب الطحاوي هكذا .

---

(١) ورد في "ف : بنفسه ، وفي نسخة "م" : منه .

الفصل الخامس عشر
فى زيارة القبور، وقراءة القرآن فى المقابر
ونقل الميت من موضع إلى موضع آخر

٩٥٩٧- روى ابن أبى مليكة أن عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله تعالى عنه مات خارج مكة على اثنى عشر ميلا، فنقل إلى مكة ودفن بمكة، فجائت عائشة رضى تعالى عنها حاجة، أو معتمرة، وزارت قبره، وقالت: أما والله لو شهدتك ما زرتك، ولو شهدتك ما دفنتك إلا فى مكانك الذى مت فيه.

قولها: "أما والله لو شهدتك ما زرتك" تكلم المشايخ رحمهم الله تعالى فى تأويله وفى معناه: قالوا أرادت بهذا بيان أن زيارة القبور ليست بواجبة، وإلى هذا القول مال القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى رحمه الله تعالى.

وبعضهم قالوا: أرادت بهذا بيان عذرها فى زيارته، فإن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله زوارات القبور»[1] يمنع نساء عن زيارة القبور، فالحديث وإن كان مؤولا، فلحشمه ظاهر قالت ما قالت. ووجه العذر أنه فات عليها لقاءه عند الموت، فزارت قبره قائمًا مقام لقاءه عند الموت، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى.

وبعضهم قالوا: أرادت بهذا بيان أن زيارة القبور مع أنها غير مكروهة فى حق النساء، فإن الحديث الوارد فى هذا الباب منسوخ، نسخه قوله عليه الصلاة والسلام: «كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرًا»[2]، ولكن الترك أولى، ألا يرى أنها قالت: لو

---

(١) أخرجه البيهقى فى "سننه الكبرى" (٦٩٩٩): باب ما ورد فى نهيهنّ عن زيارة القبور، والطيالسى فى "مسنده" (٢٣٥٨)، وأبو يعلى فى "مسنده" (٥٩٠٨)، وابن شاهين فى "ناسخ الحديث ومنسوخه" (٣٠٦)، وذكره ابن حجر فى "فتح البارى" ٣/ ١٤٩ من طريق الترمذى، والنووى فى "شرح مسلم" ٧/ ٤٥، والمناوى فى "فيض القدير" ٥/ ٢٧٤.

(٢) أخرجه الترمذى فى "سننه" (١٠٥٤): باب ما جاء فى الرخصة فى زيارة القبور، والنسائى فى "سننه" (٢٠٣٢ و٤٤٢٩ و٥٦٥١ و٥٦٥٣)، وابن ماجه فى "سننه" (١٥٧١): باب ما جاء فى زيارة القبور، والنسائى فى "الكبرى" (٢١٦٠)، والبيهقى فى "الكبرى" (٦٩٨٨)، وابن حبان فى "صحيحه" (٩٨١)، و فى "المنتقى" لابن الجارود (٨٦٣) والحاكم فى "المستدرك" (١٣٨٥).

شهدتك ما زرتك، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام شيخ الإسلام رحمه الله تعالى.

وقولها: "لو شهدتك ما دفنتك إلا فى مكانك الذى مت فيه"، فهو[1] دليل أن دفن الميت فى مكانه الذى مات فيه وفى مقابر ذلك القوم أفضل.

٩٥٩٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى "السير": أحب إلينا أن يدفن الميت والقتيل فى المكان الذى مات فيه، وفى مقابر أولئك القوم، وإن نقل ميلا أو ميلين، أو نحو ذلك، فلا بأس، فقد نفى البأس عن النقل ميلا أو ميلين، فهذا دليل أن الزيادة على ذلك مكروه. وإنما صار قدر ميلين عفواً؛ لأنه لا بد منه فى الأعم الأغلب، فإن الغالب فى كل بلدة أن يكون مقابرها بفنائها، وربما يكون من المكان الذى مات فيه إلى المقبرة قدر ميلين، فصار هذا القدر عفوا، فأما الزيادة على ذلك فمنها بد فى الأعم الأغلب، وفيه تشبه باليهود، وحمل النجاسة من غير فائدة فيكره. قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح السير": لو لم يكن فى نقله إلا تاخير دفنه كان كافيًا فى كراهته.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى "شرحه": أن نقل الميت من بلدة إلى بلدة لغرض ليس بمكروه. وفى "سير العيون" مطلقًا أن نقل الميت من بلد إلى بلد ليس بمكروه، وحكم قراءة القرآن فى المقابر من قبل هذا، فلا نعيده.

---

(١) ورد فى نسخة "م"، وفى الأصل: فيه.

الفصل السادس عشر
فى أهل الذمة والأحكام التى تعود إليهم

٩٥٩٩- يجب أن يعلم بأن أهل الذمة لا يمنعون عن الدخول فى سائر المساجد سوى المسجد الحرام عندنا، خلافًا لمالك، وهل يمنعون عن الدخول فى مسجد الحرام؟

ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير" فى باب دخول الكافر فى المسجد: أنهم يمنعون، وذكر فى "الجامع الصغير": أنهم لا يمنعون، وهكذا ذكر الكرخى فى "مختصره". قيل: ما ذكر فى "الجامع الصغير" قول أبى يوسف وأبى حنيفة رحمهما الله تعالى، وبه كان يقول محمد أولا ثم رجع، وقال: يمنعون، وهو المذكور فى السير.

فوجه قول محمد الآخر قول الله تعالى: ﴿فَلا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾[1] أى بعد عام الفتح، فقد خص المسجد الحرام بالنهى عن الدخول، فيدل على حرمة الدخول فيه واقتصار الحرمة على المسجد الحرام. وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى: إن القاضى ربما يجلس للقضاء فى المسجد الحرام، وأهل الذمة لا يجدون بدًّا من رفع ظلماتهم إليه، وكذلك المسلم ربما يكون له حقًّا على الذمى، ولا يجد بدًّا من إدخاله المسجد، فلو لم يجز لهم الدخول فى المسجد الحرام أدى إلى إبطال حقوقهم وحقوق المسلمين، وفساد ذلك مما لا يخفى، وبهذا الطريق جاز الدخول فى سائر المساجد.

والجواب عن التعليق بالآية ما حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى: أنه ليس المراد من القربان المذكور فى الآية القربان من حيث الدخول، وإنما المراد القربان من حيث التدبير، والاستيلاء والقيام بالعمارة، فرؤساء قريش كانوا يلون ذلك قبل الفتح، وبعد الفتح منعوا عن ذلك، فإنه روى أن رسول الله ﷺ لما دخل مكة عام الفتح أخذ مفاتيح المسجد منهم ودفعها إلى من أراد من المسلمين.

وجواب آخر: إن كان المراد من القربان المذكور فى الآية الدخول، ولكن على الوجه الذى اعتادوا فى الجاهلية، وهو الدخول لعبادة غير الله تعالى والطواف، لا على وجه المشروع، فإنه روى أنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة.

ثم إن أصحابنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الكافر وبين المسلم الجنب، فلم يجوزوا

---

(١) سورة التوبة: الآية ٢٨.

للمسلم الجنب الدخول فى المسجد، وجوزوا للكافر الدخول فى المسجد، مع أن الكافر جنب، فأما من الكافر من لا يغتسل، ومنهم من يغتسل، ولكن لا يدرى كيفيته، ولهذا لا يؤمر بالاغتسال إذا أسلم.

والفرق أن المسلم يدين وجوبه بالجنابة، ويعتقد كون الجنابة مانعة من الدخول فى المسجد، فعاملنا على حسب اعتقاده، وبينا الحكم فى حقه على ما يدينه. فأما الكافر فلايدين وجوب الاغتسال من الجنابة أو لا يدين كيفيته، ولا يعتقد الجنابة مانعة عن الدخول فى المسجد، فعاملنا معه على حسب الاعتقاد وبينا فى حقه الحكم على ما يدينه، فلهذا افترقا.

٩٦٠٠- وإذا قال الكافر من أهل الحرب أو من أهل الذمة لمسلم: علمنى القرآن فلابأس بأن يعلمه، ويفقهه فى الدين، علل، فقال: لعل الله تعالى يقبل بقلبه، قال الله تعالى ﴿وَإِن أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ استَجَارَكَ فَأَجِرهُ حَتّى يَسمَعَ كَلامَ اللهِ ثُمّ أَبلَغَه مَأْمَنَه﴾[1] معناه حتى يسمع فيفهم فيقف على محاسن الشريعة، فربما يرغب فى الإيمان، وهو معنى قول محمد رحمه الله فى الكتاب: لعل الله تعالى يقبل بقلبه. وروى أن واحداً من الكفار سمع القرآن فأسلم، وقال: وجدت له حلاوة. قال القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى رحمه الله تعالى: وتعليم الفقه كذلك أيضًا؛ لأن فى الفقه معالم الدين وسنن الهدى، فربما يصير ذلك سببًا لإسلامه.

٩٦٠١- قال محمد رحمه الله تعالى: ويكره الأكل والشرب فى أوانى المشركين قبل الغسل؛ لأن الغالب والظاهر من حال أوانيهم النجاسة، فإنهم يستحلون الخمر والميتة، ويشربون ذلك ويأكلون فى قصاعهم وأوانيهم، فكره الأكل والشرب فيها قبل الغسل اعتباراً فى الظاهر، كما كره الوضوء بسؤر الدجاجة؛ لأنها لا تتوقى عن النجاسة فى الغالب والظاهر. لو أكل مع هذا أو شرب فيها قبل الغسل جاز، ولايكون آكلا ولا شاربًا حرامًا؛ لأن الطهارة فى الأشياء أصل، والنجاسة عارض، فيجرى على الأصل حتى يعلم حدوث العارض، وما يقول بأن الظاهر هو النجاسة، قلنا: نعم، لكن الطهارة كانت ثابتة بيقين، واليقين لا يزال إلا بيقين مثله، ألا ترى أن لو أصاب عضو إنسان أو ثوبه سؤر الدجاجة، أو الماء الذى أدخل الصبى فيه يده، وصلى مع ذلك جازت صلاته، وطريقه ما قلنا: إن الأصل فى الأشياء الطهارة، وقد تيقنا بالطهارة، وشككنا فى النجاسة فلا تثبت النجاسة بالشك.

٩٦٠٢- وهذا إذا لم يعلم بنجاسة الأوانى، فأما إذا علم فإنه لا يجوز أن يشرب ويأكل

---

(١) سورة التوبة: الآية ٦.

منها قبل الغسل، ولو شرب أو أكل كان شاربًا وأكلا حرامًا، وهو نظير سؤر الدجاجة إذا علم أنه كان على منقارها نجاسة فإنه لا يجوز الوضوء به.

والصلاة فى سراويلهم نظير الأكل والشرب فى أوانيهم، إن علم أن سراويلهم نجسة، لا يجوز الصلاة فيها، وإن لم يعلم تكره الصلاة فيها، وإن صلى يجوز.

٩٦٠٣- ولا بأس بطعام اليهود والنصارى كله من الذبائح وغيرها؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الذينَ أوتُوا الْكِتَابَ حِلّ لَكُم﴾[1] من غير فصل بين الذبيحة وغيرها، ويستوى الجواب بين أن يكون اليهود والنصارى من أهل الحرب أو من غير أهل الحرب[2]، وكذا يستوى الجواب بين أن يكون اليهود والنصارى من بنى إسرائيل أو من غيرهم كنصارى العرب، لأن ما تلونا من الآية لا يوجب الفصل.

ولا بأس بطعام المجوس كله إلا الذبيحة فإن ذبيحتهم حرام، قال عليه الصلاة والسلام: «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحى نساءهم ولا آكلى ذبائحهم»[3].

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب الأكل من المجوس، ومع غيره من أهل الشرك أنه هل يحرم أم لا؟ حكى عن الحاكم الإمام عبد الرحمن الكاتب رحمه الله تعالى أنه إن ابتلى به المسلم مرة أو مرتين، فلا بأس به، فأما الدوام عليه فيكره؛ لأنا نهينا عن مخالطتهم وموالاتهم وتكثير سوادهم، وذلك لايتحقق فى الأكل مرة أو مرتين، إنما يتحقق بالدوام عليه.

٩٦٠٤- رجل له امرأة ذمية، أو أب ذمى، ليس له أن يقوده إلى البيعة، وله أن يعوده من البيعة إلى منزله، لأن الذهاب إلى البيعة معصية وإلى المنزل لا. ولايحمل الخمر إلى الخل للتخليل، ولكن يحمل الخل إلى الخمر، وكذلك لايحمل الجيفة إلى الهرة، ويحمل الهرة إلى الجيفة.

٩٦٠٥- مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له أن يمنعها من شرب الخمر؛ لأنه حلال عندها، لكن يمنعها من إدخال الخمر فى بيته، ولا يجبرها على الغسل من الجنابة؛ لأن ذلك

---

(١) سورة المائدة: الآية ٥.

(٢) هكذا ورد فى "ظ" و"ف"، وفى الأصل: من أهل الذمة.

(٣) أخرجه مالك فى "الموطأ" (٦١٦)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٣٢٦٥٠-٣٢٦٥١)، والشافعى فى "مسنده" ١/ ٢٠٩، وعبد الرزاق فى "مصنفه" (١٠٠٢٥-١٠٠٢٦ و١٩٢٥٣)، والبيهقى فى "سننه الكبرى" (١٨٤٣٤ و١٣٧٦٤)، والبزار فى "مسنده" (١٠٥٦)، والشاشى فى "مسنده" (٢٥٩)، وابن عبد البر فى "التمهيد" ٢/ ١١٤، ثم قال: هذا حديث منقطع؛ لأن محمد بن على لم يلقَ ابن عمر.

ليس بواجب عليها .

وقال فى القدورى فى النصرانية تحت مسلم : لا ينصب فى بيته صليبًا ، وتصلى فى بيته حيث شاءت .

٩٦٠٦- من سأل من أهل الذمة مسلمًا عن طريق البيعة ، فلا ينبغى له أن يدل عليه ؛ لأنه إعانة على المعصية ، ولا بأس بالذهاب إلى ضيافة أهل الذمة ؛ لأنه نوع بر .

٩٦٠٧- وإذا أجّر المسلم نفسه ذميًا ليعصر له ، فيتخذ خمرًا ، فهو مكروه ، ولو أجر نفسه ليهمل فى الكنيسة ويعمرها ، فلا بأس به إذ ليس فى نفس العمل معصية .

٩٦٠٨- ولا بأس بأن يصل الرجل المسلم المشرك قريبًا كان أو بعيدًا ، محاربًا كان أو ذميًا ، أو أراد بالمحارب المستأمن . فأما إذا كان غير مستأمن فلا ينبغى أن يصله بشىء .

والأصل فى ذلك قول الله تعالى : ﴿لا يَنهَاكُمُ اللهُ عَنِ الذينَ لَم يُقَاتِلُوكُم فِي الدّينِ . . . ﴾(١) الآية إلى آخرها . الله بيّن بأول الآية أنه ما نهانا عن مبرة الذمى ، وبيّن بآخر الآية أنه نهانا عن مبرة أهل الحرب ، إلا أن المستأمن صار مخصوصًا عن آخر الآية ؛ لأن الأمان المؤبد أو الموقت خلف عن الإسلام فى حق أحكام الدنيا ، فكما لا يكون بصلة المسلم بأس ، فكذا لا يكون بصلة المستأمن بأس ، بخلاف غير المستأمن ؛ لأنه لم يوجد فى حقه ما هو خلف عن الإسلام حتى يلحق بالمسلم فى حق هذا الحكم ، فبقى داخلا تحت النهى .

٩٦٠٩- هذا هو الكلام فى صلة المسلم المشرك . جئنا إلى صلة المشرك المسلم ، فقدروى محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير" أخبارًا متعارضة ، فى بعضها أن رسول الله ﷺ قبل هدايا المشركين ، وفى بعضها أنه لم يقبل ، فلا بد من التوفيق .

٩٦١٠- واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى فى وجه التوفيق ، فعبارة الفقيه أبى جعفر الهندوانى : أن ما روى أنه لم يقبلها محمول على أنه إنما لم يقبلها من شخص غلب على ظن رسول الله ﷺ أنه وقع عند ذلك الشخص أن رسول الله ﷺ إنما يقاتلهم طمعًا فى المال لا لإعلاء كلمة الله ، ولا يجوز قبول الهدية من مثل هذا الشخص [فى زماننا . وما روى أنه عليه السلام قبِلها ، محمول على أنه قبِل من شخص غلب على ظن رسول الله ﷺ أنه وقع عند ذلك الشخص أن](٢) رسول الله ﷺ إنما يقاتلهم لإعزاز الدين ولإعلاء كلمة الله ، لا لطلب

---

(١) سورة الممتحنة : الآية٨ .

(٢) هذه العبارة أثبتت من النسخ التى توجد عندنا كلها .

المال. وقبول الهدية من مثل هذا الشخص جائز فى زماننا أيضًا؛ لأن قبول الهدية حينئذٍ لايكون لترك القتال، بل للتأليف، وإنه جائز.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من وفق من وجه آخر، فقال: لم يقبل من شخص علم أنه لو قبل منه لقل صلابته وعزته فى حقه، ويلين له بسبب قبول الهدية على ما قال عليه الصلاة والسلام: «الهدية تذهب وحر الصدر»[1]، ومتى كانت الحالة هذه لا يجوز قبول الهدية؛ لأن سبيل المسلم أن يكون غليظًا شديدًا على الكفرة. وقبل من شخص علم أنه لو قبل منه لا تقل صلابته وعزته فى حقه، ولايلين له بسبب قبول الهدية.

إذا قال للذمى: أطال الله بقاءك، إن كان من نيته أنه تعالى يطيل بقاءه ليسلم، أو يؤدى الجزية عن ذل وصغار فلا بأس به، وإن لم ينو شيئًا يكره.

٩٦١١- وفى "فتاوى أهل سمرقند": وفى هذا الموضع أيضًا: مسلم دعاه نصرانى إلى داره ضيفًا، حل له أن يذهب؛ لأن فيه ضربًا من البر، وقد ندبنا إلى بر من لم يقاتلنا فى الدين، قال الله تعالى: ﴿لا يَنهَاكُمُ اللهُ عَنِ الّذِينَ لَم يُقَاتِلُوكُم فِي الدِينِ وَلَم يُخرِجُوكُم مِن دِيَارِكُم أن تَبَرّوهُم . . .﴾[2] الآية.

وفى أضحية "النوازل": المجوسى أو النصرانى إذا دعى رجلا إلى طعامه [يكره الإجابة، وإن قال: اشتريت اللحم من السوق؛ لأن المجوسى يبيح المنخنقة، والموقوذة، والنصرانى لا ذبيحة له][3]، وإنما يأكل ذبيحة المسلم أو يخنق. وإن كان الداعى يهوديًا، فلا بأس به؛ لأنه لا يأكل إلا من ذبيحة اليهودى أو ذبيحة المسلم، وما ذكر فى حق النصرانى يخالف رواية محمد رحمه الله تعالى على ما تقدم ذكرها.

وفى "الجامع الصغير": عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: ولا بأس بعيادة اليهودى والنصرانى؛ لأن العيادة من باب البر والصلة، ولا بأس بالبر فى حقهم، وقد صح أن رسول الله ﷺ عاد يهوديًا فى جواره، وقد مرّ مرارًا.

---

(١) أخرجه الترمذى فى "سننه" (٢١٣٠): باب فى حثّ النبى ﷺ على التهادى، وابن عبد البر فى "جامع العلوم والحكم" (١/ ٣٣٢)، والشهاب فى "مسنده" (٦٥٦)، وأبو بكر القرشى فى "مكارم الأخلاق" (٣٥٩)، وذكره العجلونى فى "كشف الخفاء" (١٠٢٣)، والمناوى فى "فيض القدير" (٣/ ٢٧٢)، كلهم من حديث أبى هريرة.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى فى أيدينا.

الفصل السابع عشر
في الهدايا والضيافات

هدايا القضاة يأتي في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب -إن شاء الله تعالى-

٩٦١٢- وأما هدية المستقرض المقرض: فإن كانت مشروطة في الاستقراض، فهي حرام ولا ينبغي للمستقرض أن يقبل. وإذا لم تكن الهدية مشروطة في الاستقراض، وعلم أن المستقرض أهدى إليه لأجل القرض، فإنه لا يقبل، وإن لم تكن مشروطة في الإقراض، ولم يعلم أنه أهدى إليه لأجل الدين أو لا لأجل الدين، ذكر شيخ الإسلام أنه لا بأس بقبولها، والتورع عنه أولى، وهكذا حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى.

٩٦١٣- بعد هذا قالوا: إذا كانت المهاداة تجرى بينهما قبل القرض بسبب القرابة، أو الصداقة، أو كان المستقرض معروفًا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أهدى لا لأجل الدين، فلا يتورع عنه، وإن لم يكن شيء من ذلك، فالحال حالة الإشكال، فيتورع عنه حتى يتيقن أنه أهدى لا لأجل الدين، ومحمد رحمه الله تعالى لم يرَ به بأسًا بلا تفصيل.

جئنا إلى فصل الدعوة:

٩٦١٤- قال محمد رحمه الله تعالى: و لا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام: هذا جواب الحكم، فأما الأفضل بأن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال. قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: حالة الإشكال إنما يتورع إذا كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يومًا، وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام أو زاد في الباجات، أما إذا كان يدعوه بعد الإقراض كما كان يدعوه قبل الإقراض ولا يزيد في الباجات، فلا يتورع إلا إذا نص أنه أضافه لا لأجل الدين. [وإن كان لا يدعوه قبل الإقراض أصلا، وجعل يدعوه بعد الإقراض يتورع إلا إذا نص أنه أضافه لأجل الدين][(١)]، وهنا زيادة تفريع سيأتي في كتاب أدب القاضي -إن شاء الله تعالى-.

٩٦١٥- وأما هدايا الأمراء في زماننا: حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد ابن الفضل البخاري رحمه الله تعالى أنه سئل عن هدايا الأمراء في زماننا؟ قال: "ترد على

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أربابها". والشيخ الإمام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد رحمه الله تعالى سئل عن هذا، فقال: "يوضع فى بيت المال"، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير".

وذكر ذلك الشيخ الإمام الجليل محمد بن الفضل، فقال: "كنت أعلم أن المذهب هذا إلا أنى لم أفت به مخافة أن يوضع فى بيت المال، ثم الأمراء يصرفونها إلى شهواتهم ولهواتهم، فقد علمنا أنهم يمسكون بيت المال لشهواتهم لا لجماعة المسلمين.

وعن عمر رضى الله تعالى عنه: أنه كان يمنع عماله عن قبول الهدايا، وإذا قبلوها ردوها على أصحابها إن قدروا عليهم، وإن لم يقدروا عليهم وضعوها فى بيت المال.

٩٦١٦- واختلف الصحابة رضى الله تعالى عنهم، ومن بعدهم فى جواز قبول الهدية من أمراء الجور، فكان ابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم يقبلان هدية المختار. وعن إبراهيم النخعى رحمه الله تعالى: أنه كان يجوّز ذلك، وأبو ذر وأبو الدرداء رضى الله تعالى عنهما كانا لا يجوزان ذلك. وعن على رضى الله تعالى عنه: أن السلطان يصيب الحلال والحرام، فإن أعطاك شيئًا فخذه، فإن ما يعطيه حلال لك.

وحاصل المذهب فيه أنه إن كان أكثر ماله من الرشوة، والحرام لم يحل قبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حلال. وإن كان صاحب تجارة وزرع، وأكثر ماله من ذلك، فلابأس بقبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له[1] من وجه حرام، وفى قبول رسول الله ﷺ الهدية من بعض المشركين دليل على ما قلنا.

٩٦١٧- وفى "عيون المسائل": رجل أهدى إلى إنسان وأضافه، إن كان غالب ماله من الحرام، فلا ينبغى أن يقبل ويأكل من طعامه ما لم يخبر أن ذلك المال حلال استقرضه أو ورثه، وإن كان غالب ماله من حلال، فلا بأس بأن يقبل ما لم يتبين له أن ذلك من الحرام؛ وهذا لأن أموال الناس لا تخلو من قليل حرام، وتخلو عن كثير حرام، فيعتبر الغالب ويبنى عليه الحكم.

٩٦١٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل دخل على السلطان، فتقدم إليه شىء مأكول، فإن اشتراه بالثمن أو لم يشتره، ولكن هذا الرجل لا يعلم أنه مغصوب بعينه حل له أكله، أما إذا اشتراه بالثمن، فلأن العقد يقع على مثل الثمن المشار إليه لا على عين المشار إليه، فلايتمكن الخبث فى المشترى، هكذا ذكر. وهنا كلمات تأتى بعد هذا فى مسائل الغصب -إن شاء الله تعالى-.

---

(١) ورد فى نسخة "م": كله مكان له.

أما إذا لم يشتر ولكن لا يعلم الداخل أنه مغصوب بعينه، فلأن الأشياء على أصل الإباحة ما لم يعلم دليل الحرمة، فلا جرم لو علم دليل الحُرمة، بأن علم أن هذا الشيء مغصوب بعينه لا يحل له الأكل، هكذا ذُكر. والصحيح أنه ينظر إلى غالب مال السلطان، ويبنى الحكم على ماذكرنا قبل هذا.

٩٦١٩- وفى "فتاوى أهل سمر قند": لا يباح اتخاذ الضيافة فى المصيبة بعد ثلاثة أيام، ويقال فيما بين الناس: سه ديگر.

٩٦٢٠- وفى "النوازل": الضيف إذا أعطى اللقمة بعضهم بعضًا يعتبر فى ذلك تعامل الناس ويترك القياس بالاستحسان، ولا يجوز أن يعطى سائلا لأنه لا تعامل فيه.

٩٦٢١- وفى "العيون": إذا كان الرجل ضيفًا عند انسان فناول لقمة من طعامه من كان ضيفًا أيضًا قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: لا يحل للمناول أن يفعل ذلك، ولا يحل له الأكل على فوره، بل يضعها على المائدة، ويأكل من المائدة، هكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى، وكثير من المشايخ جوزوا ذلك استحسانًا لوجود الإذن عادة. ولا يجوز للضيف أن يعطى من ذلك إنسانًا دخل عليهم لطلب انسان، أو حاجة أخرى؛ لأنه لا تعامل فيه. وكذا لاينبغى له أن يعطى سائلا؛ لأنه لا تعامل فيه. ولو ناول من المائدة هرة صاحب الدار، أو هرة غير صاحب الدار [شيئًا من الخبز أو قليلا من اللحم، فلا بأس به، لأن فيه تعاملا، فكان الإذن به ثابتة عادة، ولو ناول كلب صاحب الدار](1)، أو كلب غير صاحب الدار لا يجوز، لأنه لاتعامل فيه، فلم يكن الإذن ثابتًا عادة، فلو ناول شيئًا من الخبز المحترق، أو ما أشبهه، فهو فى سعة منه؛ لأن فيه تعاملا، وأما رفع الذلة، فهو حرام بكل حال، إلا أن يأذن صاحب الضيافة نصًا.

٩٦٢٢- وفى هبة "العيون": لو دعا رجل قومًا إلى منزله لضيافة، وفرقهم على الإخونة، فليس لأهل أحد الخوانين أن يتناول من طعام الخوان الآخر؛ لأنه إنما يباح طعام كل خوان لجماعة معينين، فلا تثبت الإباحة فى حق غيرهم.

٩٦٢٣- وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل يأكل خبزًا مع أهله، فاجتمع كسيرات الخبز ولا يشتهيها أهله، فله أن يطعم الدجاجة، أو البقرة، أو الشاة. ذكر الشاة والبقرة والدجاجة، ولم يذكر الكلب والهرة، قال: ولا ينبغى أن يلقيها فى الطريق أو فى النهر، إلا إذا

---

(1) وردت فى نسختى "ظ" و "ف".

وضع لأجل النمل ليأكل، فحينئذٍ يجوز، هكذا نقل عن السلف رضى الله تعالى عنهم.

٩٦٢٤- أب الصبى إذا أهدى إلى معلم الصبى، أو إلى مؤدبه فى العيد، إن لم يسأل، ولم يلج عليه لا بأس به؛ لأنه بر وبر المعلم مستحب، وأما أجر المعلم: فنقول: لا بأس بها فى زماننا، وسيأتى ذلك فى كتاب الإجارات مع ما يجانسها -إن شاء الله تعالى-.

وحكى عن الإمام أبى الليث الحافظ أنه كان يقول: كنت أفتى بثلاثة أشياء، فرجعت عنها، كنت أفتى أنه لا يحل للمعلم أخذ الأجر على تعليم القرآن، وكنت أفتى أنه لا ينبغى للعالم أن يدخل على السلطان، وكنت أفتى لصاحب العلم أن لايخرج إلى القرى، فيذكرهم بشىء ليجمعوا له شيئًا عن ذلك كله، وإنما رجع تحرزًا عن ضياع القرآن والحقوق والعلم.

الفصل الثامن عشر
فى الغناء واللهو وسائر المعاصى والأمر بالمعروف

٩٦٢٥- ذكر محمد رحمه الله فى "السير الكبير" عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه : أنه دخل على أخيه براء بن مالك وهو كان يتغنى . قوله : يتغنى بظاهره حجة لمن يقول : لا بأس للإنسان أن يتغنى إذا كان يسمع ويؤنس نفسه، وإنما كان يكره إذا كان يسمع ويؤنس غيره، ومن الناس من يقول : لا بأس به فى الأعراس والوليمة .

٩٦٢٦- ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدفوف فى الأعراس والوليمة ، وإن كان ذلك نوع لهو، وإنما لم يكن به بأس لأن فيه إظهار النكاح وإعلانه، وبه أمرنا صاحب الشريعة ﷺ حيث قال : «أعلنوا النكاح ولو بالدف»[١]، فكذلك التغنى . ومنهم من قال : إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافى ويصير فصيح اللسان لا بأس به . ومنهم من قال : إذا كان وحده فتغنى لدفع الوحشة عن نفسه، فلا بأس به، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو، وذكر شيخ الإسلام أن جميع ذلك مكروه عند علمائنا رحمهم الله تعالى .

ويحتج بظاهر قوله تعالى : ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهوَ الحَدِيثِ﴾[٢] جاء فى التفسير أن المراد عنه الغناء، وحديث البراء بن مالك رضى الله تعالى عنه محمول على أنه كان ينشد الشعر المباح يعنى به الشعر الذى كان فيه الوعظ والحكمة، وهذا لأن الغناء كما يطلق على الغناء المعروف يطلق على غيره، قال عليه الصلاة والسلام : «من لم يتغن بالقرآن فليس منا»[٣] .

٩٦٢٧- قلنا : وإنشاء ما هو مباح من الأشعار لا بأس به، وإذا كان فى الشعر صفة المرأة إن كانت امرأة بعينها، وهى حية يكره، وإن كانت امرأة ميتة لا يكره، هذه الجملة من "شرح

---

(١) أخرجه الترمذى فى "سننه" (١٠٨٩) : باب ما جاء فى إعلان النكاح، وابن ماجه فى "سننه" (١٨٩٥) : باب إعلان النكاح، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (١٦٣٩٧)، والبزار فى "مسنده" (٢٢١٤)، والبيهقى فى "الكبرى" (١٤٤٧٦)، وذكره العجلونى فى "شكف الخفاء" ١/ ١٦٣، وذكره ابن حجر فى "التلخيص الحبير" (٢١٢٢)، وقال : فى إسناده خالد بن إلياس، وهو منكر الحديث .

(٢) سورة لقمان : الآية ٦ .

(٣) مضى تخريجه .

السير الكبير".

٩٦٢٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند": استماع صوت الملاهى كالضرب بالقضيب، وغير ذلك حرام؛ لأن جميع ذلك من الملاهى، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر»(١) وهذا خرج على وجه التشديد لعظم الذنب، قالوا: إلا أن يسمع بغتة فيكون معذوراً، والواجب على كل واحد أن يجتهد حتى لايسمع.

محمد بن الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى الرجل يدعى إلى وليمة أو طعام، فوجد ثمة لعبًا أو غناء، فلا بأس بأن يقعد ويأكل، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: وقد ابتليت بهذا مرة.

واعلم بأن هذه المسألة على وجهين: الأول: أن يكون اللعب والغناء على المائدة، وفى هذا الوجه لا ينبغى أن يقعد، لقوله تعالى ﴿وَلا تَقعُد بَعدَ الذِكرى مَعَ القَومِ الظَالِمِينَ﴾(٢) وكذلك إذا كان على المائدة قوم يشربون الخمر، فلا ينبغى له أن يقعد، فقد صح أن رسول الله ﷺ نهى أن يتناول الطعام فى المجلس يشرب فيه الشراب، وكذلك إذا كان على المائدة قوم يغتابون لا يقعد، فالغيبة أشد من اللهو واللعب؛ لأنها أشد من الزنا، قال عليه الصلاة والسلام: «الغيبة أشد من الزنا»(٣).

والوجه الثانى: أن يكون اللعب والغناء فى المنزل، وفى هذا الوجه لا بأس بأن يقعد على المائدة ويأكل، وهو المراد من المذكور فى الكتاب.

قيل: هذا إذا كان الرجل ذا حشمة يتركون ما هم عليه لحشمته، فأما إذا لم يكن بهذه الصفة، فلا ينبغى أن يقعد ويأكل، بل يعرض عنهم، وقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: ابتليت بهذا مرة، يحتمل أنه كان بعد ما صار ذا حشمة.

وعلى قياس هذا القول: ينبغى أن يقال فى الوجه الأول: إذا كان الرجل ذا حشمة يتركون ما هم عليه لحشمته لا بأس بأن يقعد ويأكل، بل القعود أولى، ليصير ذلك سببًا لامتناعهم عن المعصية.

---

(١) ذكره بمعناه المناوى فى "فيض القدير" ١/ ٤٠٦، والعظيم آبادى فى "عون المعبود" ١٢/ ١٨٦.

(٢) سورة الأنعام: الآية٦٨.

(٣) ذكره أبو شجاع الديلمى فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٤٣٢٠)، والذهبى فى "ميزان الاعتدال" (١٦٧٤) من حديث أبى سعيد وجابر، والمناوى فى "فيض القدير" ٣/ ١٢٩.

وقيل أيضًا : ما ذكر من الوجه الثانى أنه يقعد محمول على ما إذا كان الرجل خامل الذكر[1] ولا يقتدى به ، أما إذا كان عالمًا ويقتدى به فلا يقعد ولا يأكل ، حتى لا يصير قدوة للشر . وقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : "ابتليت بهذا مرة" محمول على أنه كان ذلك قبل أن يصير مقتدى .

وقيل : يقعد فى الوجه الثانى على كل حال ، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب يدل عليه ، ووجه ذلك أن التناول من الوليمة والضيافة سنة ، واللعب والغناء حرام يباشره غيره ، فلا يجوز ترك السنة بحرام يباشره غيره ، إلا إذا كان فى المجلس كما فى الوجه الأول ، ولم يوجد ذلك ههنا .

وهذا كله إذا علم بعد الحضور ، فأما إذا علم قبل الحضور لا يحضر أصلا . وقد قيل : لو كان هذا الرجل بحال لا يمتنعون عن الفسق ، لو امتنع هو عن الاجابة يفترض عليه الامتناع عن الاجابة [فإن كان بحال يمتنعون عن الفسق لو امتنع عن الاجابة][2] لا بأس بأن يجيب ويطعم منكر اللهو غير مصغى إليه .

٩٦٢٩- وفى "النوازل" : قراءة شعر الأدب إذا كان فيه ذكر الفسق والغلام والخمر مكروه ، وقد ذكرنا شيئًا فى أول هذا الفصل ، والاعتماد فى الغلام على ما ذكرنا فى المرأة ثمة .

رجل أظهر الفسق فى داره ، يتقدم إليه إبلاء للعذر ، فإن كف عنه لم يتعرض له ، وإن لم يكف عنه فالإمام فيه بالخيار ، إن شاء حبسه وإن شاء أدبه بضرب سياط ، وإن شاء ازعجه عن داره ؛ لأن الكل يصلح للتعزير . وذكر فى فتاوى النسفى أنه يكسر دنان الخمر ، وإن كان قد ألقى فيه الملح ، وذكر أن الكاسر لايضمن الدنان ، وستأتى هذه المسألة مع أجناسها فى كتاب الغصب -إن شاء الله تعالى- .

٩٦٣٠- وفى "النوادر[3]" : رجل رأى منكرًا ، وهذا الرأيى يرتكب مثل هذا المنكر ، يلزم الرائى أن ينهى عنها ؛ لأن الواجب عليه ترك المنكر والنهى عنه ، فإن ترك أحدهما لايوجب ذلك ترك الآخر .

٩٦٣١- رجل يعلم أن فلانًا يتعاطى من المناكير ، فأراد أن يكتب إلى أبيه بذلك ، قال :

---

(١) الخامل الذكر : الخفى الساقط الذى لا نباهة له ، وفى الهندية : گمنام ، بے قدر .

(٢) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى فى متناول أيدينا .

(٣) وورد فى نسخة "م" : وفى النوازل .

إن وقع فى قلبه أنه يمكن للأب أن يعير على ابنه فليكتب ؛ لأن الكتابة تفيد ، وإن وقع فى قلبه لا يمكنه ذلك لا يكتب ؛ لأنه لا يفيد فى هذه الصورة سوى وقوع العداوة بين الوالد والولد ، وكذلك هذا الحكم بين الزوجين ، وبين السلطان والرعية .

٩٦٣٢- قال محمد رحمه الله تعالى فى "السير" : لا بأس بأن يحمل الرجل وحده على المشركين ، وإن كان غالب رأيه أنه [يقتل إذا كان فى غالب رأيه أنه ينكى فيهم نكاية بقتل ، أو جرح ، أو هزيمة ، وإن كان فى غالب رأيه أنه][1] لا ينكى فيهم أصلا لا بقتل ولا بجرح ولا هزيمة ، ويقتل هو فإنه لا يباح له أن يحمل وحده ، والقياس أن يباح له ذلك فى الأحوال كلها ، وإن علم أنه لا يقتل ؛ لأنه يبتغى بما قصد الحياة الدائمة معنى ، فإن الشهداء أحياء معنى ، قال الله تعالى : ﴿بَلۡ أَحۡيَآءٌ عِندَ رَبِّهِمۡ﴾[2] إن كان مهلكًا نفسه صورة ، والعبرة للمعنى ، لكن تركنا القياس فيما إذا كان يعلم أنه يقتل ، ولا ينكى فيهم نكاية بالاجماع ، ولا إجماع فيما إذا كان يعلم أن خروجه ينكى فيهم نكاية ، فيحمل فيهم بقضية القياس .

وأما قوله تعالى : ﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ﴾[3] فلأهل التفسير فى تأويل الآية ومعناها كلام ، فالمحققون منهم قالوا : معنى الآية أنفقوا أرواحكم فى الجهاد ، ولا تلقوا بأيديكم إلى الموت المعتاد فراراً عن القتل فى الجهاد ، وأحسنوا تسليم أنفسكم وأموالكم التى اشتراها الله تعالى منكم بالجنة والنعيم . وبعضهم قالوا : معنى الآية ﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ﴾[4] بترك الجهاد ، ولها وجوه أخر عرف ذلك فى كتب التفاسير .

ثم فرقوا بين الحملة على المشركين وبين الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فيما بين المسلمين ، فقالوا : من أراد أن ينهى قومًا من فساق المسلمين عن منكر ، وكان من غالب رأيه أنه يقتل من أجل ذلك ، ولا ينكى فيهم نكاية بضرب ، أو ما أشبهه ، فإنه لا بأس بالإقدام عليه ، وهو العزيمة ، وإن كان يجوز له أن يترخص بالسكوت ، وقالوا فى الحملة على المشركين : إذا كان غالب رأيه أنه متى حمل عليهم يقتل من غير أن ينكى فيهم نكاية لا يحل ذلك ، ولا فرق بينهما من حيث المعنى ؛ لأن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ينكى فيهم نكاية لا محالة . وبيان

---

(١) هذه العبارة أثبتت من النسخ التى توجد عندنا كلها .

(٢) سورة آل عمران : الآية ١٦٩ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٩٥ .

(٤) مضى تخريجه .

ذلك من وجهين : أحدهما : أن المسلمين يتركون الفساد حال ما يشتغلون بقتاله والمجادلة معه، فيقل الفساد، فيحصل نوع نكاية بالأمر بالمعروف بتقليل الفساد، وأما الكفار لا يتركون الكفر والحراب حال ما يشتغلون بقتاله، بل يحققون ذلك ففعله لا يؤثر فى تقليل الفساد، فيعتبر النكاية من حيث الجرح والضرب.

الثانى : أن القوم هناك يعتقدون ما يأمرهم به، فلا بد وأن يكون فعله مؤثرًا فى باطنهم، وهنا القوم لا يعتقدون ما يدعوهم، فلا يؤثر فعله فى باطنهم، فيعتبر الأثر من حيث الظاهر، فإذا لا فرق بينهما صورة إنما الفرق من حيث المعنى، هذه الجملة من شرح شيخ الإسلام.

٩٦٣٣- وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فى "كتاب البستان" : أن الأمر بالمعروف على وجوه، إن كان يعلم بأكبر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون ذلك منه ويمتنعون عن المنكر، فالأمر واجب عليه، ولا يسعه تركه، ولو علم بأكثر رأيه أنه لو أمره بذلك قذفوه وشتموه فتركه أفضل، وكذلك لو علم أنهم يضربونه، ولا يصبر على ذلك وتقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركه أفضل، ولو علم أنهم لو ضربوه صبرعلى ذلك، ولم يشتك لأحد، فلا بأس به وهومجاهد، ولو علم أنهم لا يقبلون منه، ولا يخاف منهم ضربًا ولا شتمًا، فهو بالخيار، والأمر أفضل -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل التاسع عشر
فى التداوى والمعالجات وفيه العزل والإسقاط[1]

٩٦٣٤- ذكر محمد فى "السير" فى باب دواء الجراحة عن أبى أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه: "أن رسول الله ﷺ داوى وجهه بعظم بالٍ". فى الحديث دليل على أنه لا بأس بالتداوى، وبه نقول: ومن الناس من كره ذلك، ويروى آثارًا تدل على كراهته، ونحن نستدل بما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام: «تداووا عباد الله فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا وقد خلق له دواء إلا السام والهرم»[2]، ولكن ينبغى لمن يشتغل بالتداوى أن يرى الشفاء من الله تعالى لا من الدواء، ويعتقد أن الشافى هو الله تعالى دون الدواء.

وتأويل ما روى من الأخبار إذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لو لم يعالج لايسلم، ونحن نقول إنه لا يجوز التداوى لمثل هذا.

٩٦٣٥- قال محمد رحمه الله تعالى: ولا بأس بالتداوى بالعظم إذا كان عظم شاة، أو بقرة، أو بعير، أو فرس، أو غيره من الدواب، لا عظم الخنزير والآدمى؛ فإنه يكره التداوى بهما، فقد جوز التداوى بعظم سوى الخنزير والآدمى من الحيوانات مطلقًا من غير فصل بينما إذا كان الحيوان ذكيًا، أو ميتًا، وبينما إذا كان العظم رطبًا أو يابسًا، وما ذكر من الجواب يجرى على إطلاقه إذا كان الحيوان ذكيًا؛ لأن عظمه طاهر رطبًا كان أو يابسًا، يجوز الانتفاع به جميع أنواع الانتفاعات رطبًا كان أو يابسًا، فيجوز التداوى به على كل حال.

٩٦٣٦- أما إذا كان الحيوان ميتًا فإنما يجوز الانتفاع بعظمه إذا كان يابسًا، ولا يجوز الانتفاع به إذا كان رطبًا، وهذا لأن اليبس فى العظم بمنزلة الدباغ فى الجلد من حيث أنه يقع الأمن من فساد العظم باليبس، كما يقع الأمن من فساد الجلد بالدباغ. ثم جلد الميتة يطهر بالدباغ، فكذا عظمه يطهر باليبس، فيجوز الانتفاع به، فيجوز التداوى.

وإنما لم يجز الانتفاع بعظم الخنزير والآدمى، وأما الخنزير فلأنه نجس العين بجميع أجزاءه، فالانتفاع بالنجس حرام. وأما الآدمى فقد قال بعض مشايخنا رحمه الله تعالى: إنه لم يجز الانتفاع بأجزاءه لنجاسته، وقال بعضهم: لم يجز الانتفاع [به لكرامته وهو الصحيح،

(١) ورد فى نسخة "ف" ونسخة "م": وإسقاط الولد.

(٢) مضى تخريجه.

فإن الله سبحانه وتعالى كرم بنى آدم، وفضلهم على سائر الأشياء، وفى الانتفاع][1] بأجزاءه نوع إهانة له.

وفى "النوازل": امرأة تأكل القبقبة تلتمس السمن لا بأس به إذا لم تكن فوق الشبع، ولو أكلت فوق الشبع، فهو حرام؛ لأن الأكل فوق الشبع حرام، وليس هذا الحكم يختص[2] بهذا الموضع، بل هو الحكم فى أكل جميع المباحات، وأكل جميع المباحات فوق الشبع حرام.

وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا كانت تسمن نفسها لزوجها لا بأس به؛ لأن هذا فعل مباح لقصد المباح.

٩٦٣٧- وفى "النوازل": رجل إذا ظهر به داء، فقال له الطبيب: قد غلبك الدم، فأخرجه فلم يخرجه حتى مات، لا يكون ما خوذاً، لأنه لا يعلم يقينًا أن الشفاء فيه. وفيه أيضًا: استطلق بطنه، أو رمدت عينه، فلم يعالج حتى أضعفه، ومات فيه، لا إثم عليه.

فرق بينه وبينما إذا جاع ولم يأكل مع القدرة على الأكل حتى مات، فإنه يأثم. والفرق أن الأكل قدر قوته فيه شفاء بيقين، فإذا تركه صار مهلكًا نفسه، ولا كذلك المعالجة.

٩٦٣٨- التداوى بلبن الأتان إذا أشاروا إليه لا بأس به، هكذا ذكر صدر الشهيد رحمه الله تعالى، وفيه نظر؛ لأن لبن الأتان حرام، والاستشفاء بالحرام حرام، وما قال صدر الشهيد فهو غير مجرى على إطلاقه، فإن الاستشفاء بالمحرم إنما لا يجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاء، أما إذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء به.

٩٦٣٩- ألا ترى إلى ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الأشربة: إذا خاف الرجل على نفسه العطش، ووجد خمراً شربها، إن كانت تدفع عطشه، ولكن يشرب بقدر ما يرويه ويدفع عطشه ولا يشرب الزيادة على الكفاية.

وقد حكى عن بعض مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى: أنه سئل عن معنى قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»[3] قال: يجوز، إن عبد الله قال ذلك فى داء عرف له دواء غير المحرم، لأنه حينئذٍ يستغنى بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: تنكشف الحرمة عند الحاجة، فلايكون الشفاء فى الحرام، وإنما يكون فى الحلال.

---

(١) هذه العبارة أثبتت من النسخ التى توجد عندنا كلها.

(٢) ورد فى نسخة "ظ": لا يختص.

(٣) وأخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" (١٧١٠٢)، ذكره العجلونى فى "كشف الخفاء" (٧٢٤) من حديث أبى وائل، والبلقينى فى "خلاصة البدر المنير" ٢/ ٤٠٢.

ولو أن مريضًا أشار إليه الطبيب بشرب الخمر، روى عن جماعة من أئمة بلخ، أنه ينظر إن كان يعلم يقينًا أنه يصح حل له التناول. وقال الفقيه عبد الملك رحمه الله تعالى حاكيًا عن أستاذه: إنه لا يحل له التناول.

٩٦٤٠- وفى "النوازل": رجل أدخل مرارة فى إصبعه للتداوى، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يكره، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يكره، والفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أخذ بقول أبى يوسف لمكان الحاجة. وفيه أيضًا: العجين إذا وضع على الجرح إذا عرف به الشفاء فلا بأس بذلك؛ لأنه يكون دواء حينئذٍ.

٩٦٤١- وإذا سال الدم من أنف إنسان فكتب فاتحة الكتاب على جبهته بالدم، أو كتب بالبول، فقد ذكرنا ذلك قبل هذا فى فصل القرآن.

جئنا إلى مسائل العزل وتفسيره أن يطأ الرجل امرأته أو أمته فيعزل عنها قبل أن يقع الماء فى الرحم مخافة الحمل:

٩٦٤٢- فنقول: اختلف أصحاب رسول الله ﷺ فى العزل، فعلى رضى الله تعالى عنه كان يكره ذلك، وابن عباس وابن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم أجمعين كانوا لا يكرهون ذلك، إلا أن علماءنا رحمهم الله تعالى قالوا: فى المرأة المنكوحة الحرة يشترط رضاها فى العزل، وفى الأمة المنكوحة يشترط رضا المولى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما يشترط رضا الأمة، وفى الأمة المملوكة لا يشترط رضاها بلا خلاف، والمسألة على هذا الوجه مذكور فى "الجامع الصغير".

٩٦٤٣- وفى "فتاوى أهل سمرقند": أنه إذا عزل خوفًا من الولد السوء لفساد الزمان، فهو جائز من غير رضا المرأة.

هذا هو الكلام فى العزل، أما إذا أرادت الإلقاء بعد ما وصل الماء إلى رحمها، هل يباح لها ذلك؟ إن أرادت ذلك بعد مضى مدة ينفخ فيه الروح، فليس لها ذلك؛ لأنها تصير قاتلة، فإنه اعتبر حيًا على ما عليه الظاهر، فلا يحل لها ذلك كما بعد الانفصال.

وإن أرادت الإلقاء قبل مضى مدة ينفخ فيه الروح، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: يحل لها ذلك؛ لأن قبل مضى مدة ينفخ فيها الروح لا حكم لها، فهذا والعزل سواء.

٩٦٤٤- وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا أرادت إسقاط الولد، فلها ذلك إذا لم

يستبن شيء من خلقه ؛ لأن ما لا يستبن شيء من خلقه لا يكون ولداً. وكان الفقيه على ابن موسى القمى رحمه الله تعالى يكره لها ذلك، وكان يقول: مآل الماء بعد ما وصل إلى الرحم الحياة فإنه لا يحتاج إلى صنع أحد بعد ذلك لينفخ فيه الروح، وإذا كان مآل الحياة يعطى حكم الحياة للحال، كما فى بيضة صيد الحرم، لما كان مآلها أن تصير صيداً أعطيت حكم الصيد، حتى إن من أتلف بيضة صيد الحرم ضمن، بخلاف العزل؛ لأن الماء قبل أن يصل إلى رحم المرأة ليس مآله الحياة، فإنه يحتاج إلى صنع بعد ذلك لينفخ فيه الروح، وهو الإلقاء فى الرحم، أما ههنا فبخلافه.

٩٦٤٥- وفى نكاح "فتاوى أهل سمرقند": امرأة مرضعة ظهر بها حبل، وانقطع لبنها، ويخاف على ولدها الهلاك، وليس لأب هذا الولد سعة حتى يستأجر الظئر، هل يباح لها أن تعالج فى إسقاط الولد، قالوا: يباح ما دام نطفة، أو علقة، أو مضغة لم يخلق له عضو؛ لأنه ليس بآدمى، وذكر فى الواقعات المرتبة فى الباب الثالث من النكاح فى تقليل المسألة، إن خلقه لا يستبين إلا فى مائة وعشرين يوماً.

٩٦٤٦- الحجامة والفصد وإلقاء العلق على الظهر بعد تحرك الولد لا بأس به، وقبل تحرك الولد وحال قرب الولادة لا ينبغى أن يفعل ذلك -والله أعلم-.

الفصل العشرون
فى الختان والخضاب وقلم الأظافير وقص الشارب وحلق المرأة شعرها ووصلها شعر غيرها بشعرها

٩٦٤٧- أقصى وقت الختان اثنى عشر سنة، وأما أول وقته فقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا علم لى به، ولم يرو عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى هذا شىء، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: أول وقته إذا بلغ سبع سنين وبعضهم قالوا: إذا بلغ تسع سنين، وبعضهم قالوا: إذا بلغ عشر سنين؛ لأنه أول وقت يجوز إيصال الألم إليه، قال عليه الصلاة والسلام: «واضربوهم عليها إذا بلغوا عشرًا»[١]، وبعضهم لم يوقتوا فى ذلك وقتًا، وقالوا: إذا كان الصبى بحال يطيق ألم الختان يختن وإلا فلا.

٩٦٤٨- وإنه من جملة السنن حتى قال: إذا اجتمع أهل المصر على ترك الختان يحاربهم الإمام؛ لأن الختان سنة، فيحاربهم فى تركه، كما يحاربهم فى سائر السنن.

وفى "العيون": غلام ختن فلم يقطع الجلدة كلها، فإن قطع أكثر من النصف يكون ختانًا؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل، وإن كان نصفًا، أو دونه لا يكون ختانًا لانعدام الختان حقيقةً وحكمًا.

٩٦٤٩- وفى صلاة "النوازل": الصبى إذا لم يختن، ولا يمكن أن يمد جلده ليقطع إلا بتشديد، وحشفته ظاهرة، إذا رآه إنسان يراه كأنه اختتن، ينظر إليه الثقات وأهل البصر من الحجامين، فإن قالوا: هو على خلاف ما يمكن الاختتان، فإنه لا يشد عليه ويترك؛ لأن الواجبات تسقط بالأعذار، فالسنن أولى، وكذا الشيخ الضعيف من أهل المجوس إذا أسلم، وقال أهل البصر: إنه لا يطيق الختان يترك.

وفى "فوائد الرستغفى": اختتن الصبى ثم طال جلدته، إن صار بحال تستر حشفته يقطع، وما لا فلا.

٩٦٥٠- اختلفت الرواية فى ختان النساء، ذكر فى بعضها أنها سنة، هكذا حكى عن بعض المشايخ، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الخنثى: أن الخنثى

---

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٤٩٤-٤٩٥): باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، والبيهقى فى "الكبرى" (٤٨٧١)، وذكره العجلونى فى "كشف الخفاء" (٢٢٨٦)، والزيلعى فى "نصب الراية" ١/ ٢٩٨.

تختتن، ولو كان مكرمة لكان لا يختتن؛ لإنه يحتمل أنه امرأة، وعلى هذا التقدير لا يجوز للرجل أن يفعل ذلك، ويحتمل أنه رجل، وعلى هذا التقدير لا يجوز للمرأة أن تفعل ذلك، فتعذر الفعل لانعدام الفاعل فيسقط.

ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى أدب القاضى للخصاف: أن ختان النساء مكرمة.

٩٦٥١- وخصاء الفرس لا بأس به عندنا، ومن الناس من كرهه، وكذلك خصاء سائر الحيوانات، سوى بنى آدم لا بأس به عندنا، ومن الناس من كرهه. والذى كرهه احتج بما روى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن خصاء الإبل والبقر الغنم والخيل»[١]، وقوله تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُم فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلقَ اللهِ﴾[٢] يشهد لما قالوا ويؤيد ما رووا.

وعندنا لا بأس بخصا سائر الحيوانات سوى بنى آدم، وتأويل الآية خصاء بنى آدم. هذه الجملة من "شرح السير"، وهذا هو التاويل لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا خصاء فى الإسلام»[٣]، وقيل: فى تأويل الحديث أن يخصى الرجل نفسه، وإنه حرام.

٩٦٥٢- وفى إجازات "الأصل": إن خصاء بنى آدم حرام بالإتفاق، وأما خصاء الفرس، فقد ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرحه: أنه لا بأس به عند أصحابنا رحمهم الله تعالى، وذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أنه حرام، وقد صح عن عمر رضى الله تعالى عنه: أنه نهى عن خصا الفرس، وأما فى غيره من البهائم، فلا بأس به إذا كان فيه منفعة، فإذا لم يكن فيه منفعة، فهو حرام. وفى أضحية "النوازل" فى خصا السنور: أنه لابأس به إذا كان فيه منفعة أو دفع ضرر. وفى "الواقعات": لا بأس بخصا البهائم إذا كان يراد به إصلاح البهائم.

٩٦٥٣- فأما سمة البهائم فقد كرهه بعض أصحابنا، وبعضهم جوزوها؛ لأن فيه منفعة ظاهرة، فإنها علامة، وعن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن كى الحيوان على الوجه»[٤]، فهذا يشير إلى جوازه على غير الوجه.

---

(١) أخرجه ابن عدى فى "الكامل فى صعفاء الرجال" ٤/ ١٦٥، وبمعناه البيهقى فى "الكبرى" ١٠/ ٢٤.

(٢) سورة النساء: الآية١١٩.

(٣) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" ٣/ ٤٥٣، والمناوى فى "فيض القدير" ٦/ ٣٨٠.

(٤) ذكره المبارك فورى فى "تحفة الأحوذى" ٥/ ٣٠٠، والمناوى فى "فيض القدير" ٦/ ٣٢٦، والشوكانى فى "نيل الأوطار" ٩/ ٩٦.

٩٦٥٤- وفى "النوازل": إذا وقت يوم الجمعة لقلم الأظفار، إن رأى أنه جاوز الحد قبل يوم الجمعة، ومع هذا يؤخر إلى يوم الجمعة يكره؛ لأن من كان ظفره طويلا كان رزقه ضيقًا، وإن لم يجاوز الحد ووقته تبركًا بالاختيار، فهو مستحب، لأن عائشة رضى الله تعالى عنها روت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من قلم أظفاره يوم الجمعة أعاذه الله من البلايا إلى يوم الجمعة الأخرى وزيادة ثلاثة أيام»[1]. ولو قلم أظفاره، أو جز شعره يجب أن يدفن، وإن رمى فلابأس، وإن ألقاه فى الكنيف والمغتسل، فهو مكروه، قيل: لأنه يورث الداء.

٩٦٥٥- وينبغى للرجل أن يأخذ من شاربه، حتى يصير مثل الحاجب، قال الفقيه: وقد استدل بعض المشايخ من أصحابنا رحمهم الله تعالى بهذه المسألة، أن رجلا لو توضأ، ولم يصل الماء إلى ما تحت شاربه أنه يجوز؛ لأنه رخص فى مقدار الحاجب، ولو لم يصل الماء تحت الحاجب، يجوز، فكذا هذا وبه نأخذ، وعليه الفتاوى.

وهذا الذى ذكرنا كله فى حق غير الغازى، وأما الغازى فى دار الحرب يندب إلى توفير الأظفار ليكرن سلاحًا له، ويندب إلى تطويل الشارب ليكون أهيب فى عين العدو.

وإذا حلقت المرأة شعر رأسها، فإن حلقت لوجع أصابها، فلا بأس به، وإن حلقت تشبهًا بالرجال، فهو مكروه، وهى ملعونة على لسان صاحب الشرع، وإذا وصلت المرأة شعر غيرها بشعرها، فهو مكروه، وقال عليه الصلاة والسلام: «لعن الله الواصلة والمستوصلة»[2]، والمستوصلة هى التى تصل شعر امرأة بشعر امرأة أخرى، وإنما جاءت الرخصة فى شعر غير بنى آدم تتخذه المرأة وتزيد فى قرونها، هكذا ذكر فى "النوازل"، وهو مروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى.

٩٦٥٦- قال: وإذا لم يكن للعبد شعر فى الجبهة، فلا بأس للتجار أن يعلقوا على جبهته شعرًا، لأنه يوجب زيادة فى الثمن، وهذا دليل على أنه إذا كان العبد للخدمة، ولا يريد بيعه أنه لا يفعل ذلك -والله أعلم-.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى "مصنفه" (٥٣٠٠) مختصرًا، والهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٢/ ١٧١، ثم قال: فيه أحمد بن ثابت وهو ضعيف، وأبو شجاع الديلمى فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٥٦٣٩)، وابن حيان فى "المجروحين" (٨١٨).

(٢) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٥٥٨٩ و٥٥٩٠ و٥٥٩٧): باب الوصل فى الشعر، ومسلم فى "صحيحه" (٢١٢٢): باب تحريم فعل الواصلة، والترمذى فى "سننه" (١٧٥٩ و٢٧٨٣): باب ما جاء فى مواصلة الشعر، وفى باب ما جاء فى الواصلة، والنسائى فى "سننه" (٥٠٩٧): باب المستوصلة، وابن ماجه فى "سننه" (١٩٨٧): باب الواصلة والواشمة، وعبد الرزاق فى "مصنفه" (٥٠٩٧)، وإسحاق بن راهويه فى "مسنده" (٢٠).

الفصل الحادي والعشرون
في الزينة واتخاذ الخادم للخدمة

٩٦٥٧- اعلم بأن الزينة نوعان، نوع يرجع إلى البدن، ونوع يرجع إلى غيره، فنبدأ بالذي يرجع إلى البدن، فنقول: اتفق المشايخ رحمهم الله تعالى أن الخضاب في حق الرجل بالحمرة سنة، وأنه من سيماء المسلمين وعلاماتهم، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «غيروا الشيب ولا تشبهوا باليهود»[(١)]، وقال الراوي: رأيت أبا بكر رضي الله تعالى عنه على منبر رسول الله ﷺ ولحيته كأنها خيام عرفج، والعرفج نبت في البادية، هي أشد حمرة من النار. وأما الخضاب بالسواد فمن فعل ذلك من الغزاة ليكون أهيب في عين العدو، فهو محمود منه، اتفق عليه المشايخ رحمهم الله تعالى[(٢)]، ومن فعل ذلك ليزين نفسه للنساء وليحبب نفسه إليهن، فذلك مكروه، عليه عامة المشايخ، وبنحوه ورد الأثر عن عمر رضي الله تعالى عنه. وبعضهم جوزوا ذلك من غير كراهة، روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى [أنه قال: كما يعجبني][(٣)] أن تتزين لي يعجبها أن أتزين لها. هذه الجملة من "شرح السير الكبير".

٩٦٥٨- اتفق المشايخ رحمهم الله على أنه لا بأس بالإثمد للرجل، واتفقوا على أنه يكره الكحل الأسود إذا قصد به الزينة [واختلفوا فيما إذا لم يقصد به الزينة][(٤)] عامتهم على أنه لا يكره، في "شرح السير الكبير" أيضًا، وفي "فتاوى أهل سمرقند": لا بأس بالاكتحال يوم عاشوراء، روى أن أم سلمة رضي الله تعالى كحلت رسول الله ﷺ عليه وسلم يوم عاشوراء.

٩٦٥٩- وفي "المنتقى": روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال: لا بأس بأن تخضب المرأة يديها ورجليها تتزين بذلك لزوجها ما لم يكن خضابًا فيه تماثيل، ولا

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" (١٧٥٢): باب ما جاء في الخضاب، والنسائي في "سننه" (٥٠٧٣-٥٠٧٤): باب الإذن بالخضاب، وأحمد في "مسنده" (١٤٥١)، وابن حبان في "صحيحه" (٥٤٧٣)، والبيهقي في "الكبرى" (١٤٦٠٠): باب ما يضع به، والشاشي في "مسنده" (٤٥)، والطبراني في "الأوسط" (١٢٣٠)، وفي "الصغير" (٤٨٣)، وأبو يعلى في "مسنده" (٦٨١).

(٢) ورد في "ظ": اتفق عليه المشايخ، وعليه من فعل ذلك. . . إلخ.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بأس بالخضاب للجارية الصغيرة والكبيرة، وأما الصبي، فلا ينبغي أن يخضب يده، ولا رجله كالرجل.

٩٦٦٠- وأما الذي يرجع إلى غير البدن قال محمد رحمه الله تعالى: لا بأس بأن يتخذ الرجل في بيته سريرًا من ذهب، أو فضة، وعليه فرش الديباج يتجمل بذلك للناس من غير أن يقعد، أو ينام عليه؛ فإن ذلك منقول عن السلف، من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم، روى أن الحسن رضي الله تعالى عنه أو الحسين رضي الله تعالى عنه لما تزوج بشهر بانو امرأة يزدجرد، زينت بيتها بالفرش من الديباج والأواني المتخذة من الذهب والفضة، فدخل عليه بعض من بقي من أصحاب رسول الله ﷺ، وقال: ما هذا في بيتك يا ابن رسول الله ﷺ؟ فقال: هذه امرأة تزوجتها، فأتت بهذه الأشياء، فلم أستحسن أن أمنعها من ذلك.

وعن محمد ابن الحنفية رضي الله تعالى عنه: أنه زين داره بمثل هذا، فعاتبه في ذلك بعض الصحابة، فقال: إنما أتجمل للناس بهذا ولست أستعمله كيلا ينظر أحد إلى بعين الجهل.

وقول محمد رحمه الله تعالى: من غير أن يقعد أو ينام عليه، فذلك راجع إلى قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه لا يرى القعود والنوم على الديباج على ما مر. فأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يتأتى، لأنه يرى النوم والقعود على الديباج على ما مر.

٩٦٦١- ذكر الفقيه أبو جعفر في "شرح السير الكبير": أنه لا بأس أن يستر حيطان البيوت باللبود المنقشة إذا كان قصد فاعله دفع البرد، وإن كان قصد فاعله الزينة، فهو مكروه، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرح السير" أيضًا: لا بأس بأن يستر حيطان البيوت إذا كان قصد فاعله دفع الحر، وزاد عليها فقال: أو بالحشيش إذا كان قصد فاعله دفع الحر؛ لأن مقصود فاعله الانتفاع دون الزينة، فإنما يكره من ذلك ما يكره على قصد الزينة، فقد صح أن عمر رضي الله تعالى عنه أمر بنزعه، ولما رأى سلمان ذلك، قال: «أمحمومة بينكم هذا أو تحولت الكعبة في كبده» أشار إلى معنى الكراهة، وهو تشبه سائر البيوت بالكعبة.

٩٦٦٢- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إرخاء الستر على البيت مكروه، قالوا: نص عليه محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير"؛ لأنه زينة وتكبّر.

ذكر محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير": عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه قال: "رأيت رسول الله ﷺ في قبة حمراء من أدم يوم فتح مكة، ورأيت بلالا رضي الله تعالى عنه قد أدخل عليه وضوءه ثم أخرجه يهريقه"، الحديث إلى أن قال: «ثم خرج رسول الله ﷺ وعليه

قبة حمراء»[١]، وفى الحديث دليل على أنه لا بأس بالتزين، ألا ترى أنه كان لرسول الله ﷺ قبة حمراء من أدم، وفيه دليل على أنه لا بأس للإنسان أن يكون معه من يخدمه، ألا ترى أنه كان بلال مع رسول الله ﷺ، وكان يقوم بخدمة وضوءه وغير ذلك، ولكن ينبغى أن يكلفه الخدمة قدر ما يطيق، وعن هذا قلنا: أنه لا بأس للإنسان أن يذهب راكبًا حيث شاء وغلامه يمشى معه بعد أن كان يطيق ذلك، وإن كان لا يطيق ذلك فهو مكروه. بلغنا أن عثمان رضى الله تعالى عنه أتى رسول الله ﷺ راكبًا وغلامه يمشى معه مسرعًا، فكره ذلك رسول الله ﷺ، وقال: أو لم تتركه فى البيت، فأعتقه عثمان رضى الله تعالى عنه. وتأويله أنه كان لا يطيق.

وقوله: خرج رسول الله ﷺ وعليه حلة حمراء، إن كان ذلك قبل تحريم الإبريسم على الرجال فلا حاجة إلى حمله على محمل، وإن كان بعد ذلك فالمراد من الحلة المنسوج من القطن، فإن العرب كانوا يسمّون المنسوج من القطن حلة لجودته، وقوله: حمرا إن كان ذلك قبل تحريم لبس المعصفر، والمزعفر على الرجال، فلا حاجة إلى تأويله وحمله على محمل، وإن كان بعد ذلك فهو محمول على لون القطن، يعنى وعليه جبة منسوجة من قطن لونه أحمر.

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٣٦٩ و٥٥٢١): باب الصلاة فى الثوب الأحمر، وفى باب القبة الحمراء من آدم، والترمذى فى "سننه" (١٩٧): باب ما جاء فى إدخال الإصبع فى الإذن عند الأذان، وأبو داود فى "سننه" (٥٢٠): باب المؤذن يستدبر فى أذانه، والنسائى فى "سننه" (٥٣٧٨): باب اتخاذ القباب الحمر، وابن ماجه فى "سننه" (٧١١): باب السنة فى الأذان، وأحمد فى "مسنده" (١٨٧٨١)، وابن حبان فى "صحيحه" (٢٣٩٤).

الفصل الثانى والعشرون
فى قتل المسلم والده المشرك ومن بمعناه
وقتله سائر محرمه

٩٦٦٣- قال محمد رحمه الله تعالى : لا بأس بأن يقتل الرجل المسلم كل ذى رحم محرم من المشركين يبتدئ به إلا الوالد خاصة ، فإنه يكره له أن يبتدى والده بذلك ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾[1] من غير فصل بين كافر وكافر ، لكنا تركنا ظاهره فى حق الوالد بالإجماع وبنص آخر ، وهو قوله تعالى : ﴿وَلا تَقُل لَهُمَا أُفٍّ﴾[2] ، والنهى عن التأفيف نهى عن القتل بطريق الأولى . وتخصيص الوالد عن ظاهر ما تلونا لا يدل على تخصيص غير الوالد ، من الابن والأخ والعم والخال وأشباههم ؛ لأنه اجتمع فى حق الوالد حرمتان ، حرمة القرابة وحرمة الأبوة ، فإن للأب زيادة حرمة بسبب الأبوة ليست هى لغيره من له قرابة محرمة للنكاح ، حتى لا يقتل الوالد بالولد ولا يحبس بدينه ، فتخصيص الوالد عن ظاهر ما تلونا وله زيادة حرمة لا تدل على تخصيص غير الوالد وليس له تلك الزيادة ، وإذا ثبت هذا فى الوالد ثبت فى الوالدة من طريق الأولى ؛ لأنه اجتمع فى حقها ثلاث حرمات ، حرمة القرابة ، وحرمة الأمومة ، وحرمة الأبوة ، فإن للأم زيادة حرمة ليست لغيرها ، حتى لا تقتل بولدها ، ولا تحبس بدين الولد ، والأمومة ، فإن الأمومة مما تحرم القتل ، فيخصص الأب عن ظاهر الولاية ، وله حرمتان يكون تخصيصًا للأم ، ولها ثلاث حرمات .

وإذا ثبت هذا الحكم فى حق الوالد والوالدة ، يثبت فى حق الجد والجدات من قبل الأم والأب ؛ لأنهم بمنزلة الآباء والأمهات ، ألا ترى أنهم لا يقتلون بولد الولد ولا يحبسون بدينه كالأب والأم .

٩٦٦٤- وهذا إذا لم يضطر الوالد إلى قتله ، فأما إذا اضطر إلى قتله ، فلا بأس بقتله إذا لم يمكنه الهرب منه ؛ لأن ترك الأب حتى يقتله إهلاك نفسه ، والمأمور به فى حق الابن شرعًا أن لا يعترض للأب بسوء ابتداء لا إهلاك نفسه ، وهذا كما نهينا عن قتل الصبى والشيخ الفانى ابتداء ، ثم إذا جاء الاضطرار منه بأن قصد واحد منهم مسلمًا بالقتل ، كان للمسلم أن يقتله ،

---

(١) سورة التوبة : الآية ٣٦ .

(٢) سورة الإسراء : الآية ٢٣ .

وطريقه ما قلنا .

وإذا ظفر بوالده فى صف لا يقصده بالقتل ، ولا يمكنه من الرجوع حتى لايعود حربًا على المسلمين ، ولكن يلجئه إلى موضع ويستمسك به ، حتى يجيء غيره ويقتل . قال محمد رحمه الله تعالى : وهو أحب إلينا .

٩٦٦٥- هذا هو الكلام فيما بين المشرك والمسلمين ، بقى الكلام بين أهل البغى وبين أهل العدل ، فنقول : لا ينبغى للعادل أن يبتدئ كل ذى رحم محرم من أهل البغى بالقتل ؛ لأنه اجتمع فى حق الباغى حرمتان ، حرمة الإسلام وحرمة القرابة [فكان نظير الأب المشرك الذى اجتمع فيه حرمة القرابة](1) ، والأبوة وهو نظير ما قالوا : لا ينبغى للمسلم أن يقتل كل ذى رحم محرم فى الرجم ، وألحقوه بالأب لاجتماع الحرمتين ، وهو حرمة القرابة وحرمة الإسلام -والله أعلم- .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الثالث والعشرون
فيما يسع من جراحات بنى آدم والحيوانات
وقتل الحيوانات وما يسع من ذلك

٩٦٦٦- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": فى امرأة حامل ماتت، وعلم أن ما فى بطنها حى: فإنه يشق بطنها من الشق الأيسر، وكذلك إذا كان أكثر رأيهم أنه حى يشق بطنها. فى القدورى: وفى نكاح فتاوى أبى الليث: البكر إذا جومعت فيما دون الفرج، فحبلت بأن دخل الماء فرجها، ودنى أوان الولادة تزال عذرتها، إما ببيضة، أو بطرف درهم؛ لأن بدونه لايخرج الولد.

٩٦٦٧- ولو اعترض الولد فى بطن حامل ولم يوجد سبيل إلى استخراج ذلك إلا بقطع الولد أربًا أربًا، ولو لم يفعل ذلك يخاف الهلاك على الوالدة، فإن كان الولد ميتًا فى البطن لابأس به، وإن كان حيًّا لا يفتى بجواز القطع؛ لأن هذا قتل النفس لصيانة نفس آخر، والشرع لم يرد بمثله.

٩٦٦٨- وفى "القدورى" و"العيون": رجل ابتلع درة لرجل، فمات المبتلع، ولم يدع مالا، قال: لا يشق بطنه وعليه القيمة، وذكر فى أول الفصل الثانى من كتاب الحيطان أنه يشق بطن المبتلع. وصورة ما ذكر فى كتاب الحيطان [رجل ابتلع عشرة دنانير رجل، ومات المبتلع يشق بطنه، فعلى ما ذكر فى الحيطان][1] لا يحتاج إلى الفرق [بين المبتلع وبين المرأة الحامل إذا ماتت واضطرب فى بطنها شيء وعلى ما ذكر فى "العيون" يحتاج إلى الفرق][2]، والفرق أن فى مسألة المبتلع لو جوزنا الشق كان فيه إبطال حرمة الأعلى، وهو الآدمى لصيانة الأدنى، وهو المال، ولا كذلك مسألة الحامل.

٩٦٦٩- وفى البقالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: أكره من طلب الصيد ما طلب منه اللهو، قال: وأكره تعليم البازى بالطير الحى يأخذ فيعذبه، قال: ويعلم بالمذبوح قال: ولا بأس بالحمار وغيره ويكون به الداء، ويكون صاحبه معه فى بلاء وتعب ويعجز عن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نققته أن يذبحه . وعنه فى الدابة يقطع يدها أو رجلها : أنها إن كانت مما يؤكل لحمها ذبحها ، وإلا عالجها . وعن بعض المتقدمين أنه لا بأس بقطع الإلية من الشاة إذا كانت الإلية بحال تمنع نقلها الشاة ، إن يلتحق بالقطع وخيف عليه الذنب .

٩٦٧٠- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : رجل مضطر لا يجد ميتة ، وخاف الهلاك ، فقال له رجل : اقطع يدى وكلها ، أو اقطع منى قطعة وكلها لايسعه ذلك ؛ لأنه ربما يؤدى إلى إتلافه . وفى "فتاوى أهل سمرقند" : رجل له كلب عقور فى قرية كل من مر عليه عضد ، فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب ، دفعًا لضرره . فإن عض أحدًا من أهل القرية هل يجب الضمان على صاحبه؟ إن لم يتقدموا إليه قبل العض فلا ضمان ، وإن تقدموا إليه فعليه الضمان ، بمنزلة الحائط المائل إذا سقط على إنسان ، وفيه نظر .

٩٦٧١- وفى "الواقعات" : لا ينبغى للرجل أن يتخذ كلبا فى داره إلا كلبا يحرس ماله ؛ لأن كل دار فيها كلب لا يدخل فيها الملائكة . وفى "العيون" : قرية فيها كلاب كثيرة ، ولأهل القرية فيها ضرر ، يؤمر أرباب الكلاب بقتل الكلاب دفعًا للضرر عنهم ، وإن أبوا رفعوا الأمر إلى الإمام حتى يأمرهم الإمام بذلك .

٩٦٧٢- وفى أضحية "النوازل" : رجل له كلاب لا يحتاج إليها ، ولجيرانه فيها ضرر ، فإن أمسكها فى ملكه ، فليس لجيرانه منعه ؛ لأنه يتصرف فى ملكه ، وإن أرسلها فى السكة ، فلهم منعه ، فإن امتنع وإلا رفعوا الأمر إلى القاضى ، أو إلى صاحب الحسبة ، حتى يمنعه عن ذلك ، وكذلك من أمسك دجاجةً أو جحشًا أو عجولا فى الرستاق ، فهو على هذين الوجهين .

٩٦٧٣- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : [الهرة إذا كانت موذية لا يضرب ، ولا يعزك أذنها ، ولكنها يذبح بالسكين الحاد ، وفى "فتاوى أهل سمرقند" : قتل][1] الجراد يحل ؛ لأنه صيد ، لاسيما إذا كان فيه ضرر عام .

وتكلم المشايخ رحمهم الله تعالى فى قتل النمل . قال الصدر الشهيد : والمختار للفتاوى أنها إذا ابتدأت بالأذى فلا بأس بقتلها . وإن لم يبتدئ يكره قتلها .

والأصل فى ذلك ما روى أن نملة قرصت نبيا من الأنبياء ، فأحرق بيت النمل ، فأوحى الله تعالى : هلا نملة واحدة؟ أى هلا قتلت تلك النملة الواحدة؟ فيه دليل على جواز قتلها عند الأذى ، وعلى عدم الجواز عند انعدام الأذى . واتفقوا على أنه لا يجوز إلقاءها فى الماء .

٩٦٧٤- قتل القملة يجوز على كل حال ، وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إحراق القملة

---

(١) هذه العبارة وردت فى النسخ التى فى أيدينا جميعًا .

والعقرب بالنار مكروه، جاء فى الحديث لا يعذب فى النار إلا ربها، وطرحها حينئذٍ مباح، ولكن يكره من حيث الأدب.

الفليق الذى يقال له بالفارسية: سله يلقى فى الشمس فيموت. الديدان ولايكون به بأس [لأن ذلك منفعة للناس، ألا ترى أن السمك يلقى فى الشمس فيموت، ولا يكون به بأس][1].

٩٦٧٥- ولا بأس بكى الصبيان، إذا كان لداء أصابهم؛ لأن ذلك مداواة ذكره فى "واقعات الناطفى". وفيه أيضًا: لا بأس بثقب أذن الطفل من البنات، فقد صح أنهم كانوا يفعلون دلك فى زمن رسول الله ﷺ من غير إنكار -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الرابع والعشرون
في تسمية الأولاد وكناهم

٩٦٧٦- روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «سموا أولادكم أسماء الأنبياء وأحب الأسماء إلى الله تعالى عبد الله وعبد الرحمن»[1]، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: لا أحب للعجم أن يسموا عبد الرحمن وعبد الرحيم؛ لأن العجم لايعرفون تفسيره، ويسمون بالتصغير.

وروى عن النبي ﷺ: «أنه نهى أن يسموا المملوك نافعًا أو بركةً أو ما أشبه ذلك»، قال الراوي: لأنه لم يحب أن يقال: ليس هنا بركة ليس هنا نافع إذا طلبه إنسان، وفي الأثر لايقول الرجل: عبدى أو أمتى، بل يقول: فتاى.

٩٦٧٧- وفي الفتاوى: التسمية باسم لم يذكره الله تعالى فى عباده، ولا ذكره رسول الله ﷺ، ولا استعمله المسلمون، تكلموا فيه، والأولى أن لا يفعل. وروى: «إذا ولد لأحدكم ولد فمات فلا يدفنه حتى يسميه إن كان ذكرًا باسم المذكر وإن كان أنثى باسم الأنثى وإن لم يعرف فباسم يصلح لهما».

٩٦٧٨- وأما الكلام فى الكنية فكان عادة العرب أنه إذا ولد لأحدهم أول الولد كان يكنى به، وامرأته تكنى به أيضًا، يقال للزوج: أب فلان، ولامرأته أم فلان، كما قيل: أبو سلمة وامرأته أم سلمة، وأبو الدرداء وامرأته أم الدرداء، وأبو ذر وامرأته أم ذر. وكان الرجل لايكنى ما لم يولد له، ولو كنى ابنه الصغير بأبى بكر وغيره، كره بعضهم، إذ ليس لهذا ابن اسمه بكر، ليكون هو أبا بكر، وعامتهم على أنه لايكره لأن الناس يريدون بهذا النقال أنه سيصير أبًا فى ثانى الحال لا التحقق فى الحال.

٩٦٧٩- ولا بأس أن يكنى بكنية رسول الله ﷺ، والذى روى عن رسول الله ﷺ أنه

---

(١) أخرجه ابن أبى حاتم فى "العلل" (٢٤٥١)، وذكر أبو شجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٨٢٠) الجملة الثانية "أحب الأسماء إلى الله..."، وذكره ابن حجر فى "فتح البارى" ١٠/ ٨٧٠، وأحال إلى مسلم، والعجلونى فى "كشف الخفاء" ١/ ٥١، ونسبه إلى مسلم وأبى داود والترمذى من حديث ابن عمر.

قال: «سمّوا باسمى ولا تكنّوا بكنيتى»[١]، فقد قيل: إنه منسوخ. روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه سمى ابنه محمداً وهو ابن الحنفية وكناه أبا القاسم، وقد كان استأذن منه، وعن عائشة رضى الله تعالى عنها: أن امرأة قالت لرسول الله ﷺ: إنى ولدت غلامًا فسميته محمدا وكنيته أبا القاسم، فذكر لى أنك تكره ذلك، فقال: ما الذى حرم كنيتى وأحل اسمى، أو ما الذى أحل اسمى وحرم كنيتى، وعن محمد رحمه الله تعالى أن من سمى باسم رسول الله ﷺ أكره أن يكنى بكنيته، ذكره فى الكشف -والله أعلم-.

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٢٠١٤و٢٠١٥ و٢٩٤٦ و٢٩٤٧ و٥٨٢٣): باب ما ذكر فى الأسواق، وفى باب قول الله تعالى: ﴿فأنّ خُمُسَه﴾، وأحمد فى "مسنده" (١٢٧٥٤ و١٥٠٠٦)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٥٩٢٤): : باب كنس الدار ونظافتها والطريق، والطبرانى فى "الأوسط" (٦٠٠١)، والطيالسى فى "مسنده" (١٧٣٠-١٧٣١)، وعبد بن حميد فى "مسنده" (١٠٢٥).

الفصل الخامس والعشرون
فى الغيبة والحسد

٩٦٨٠- ذكر فى "العيون" : رجل اغتاب أهل قرية لم تكن غيبة حتى يسمى قومًا معروفين. وفى "فتاوى أهل سمرقند" : رجل ذكر مساوى أخيه المسلم على وجه الاهتمام، فلا بأس به؛ لأن هذا ليس بغيبة، الغيبة زن يذكر ذلك مريد السب والنقص. ولو كان الرجل يصلى ويضر بالناس باليد واللسان لا غيبة فى ذكره لما فيه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «اذكروا الفاسق بما فيه»[١]، وإن أعلم السلطان ليزجره، فلا إثم فيه.

روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه: أنه قال: «لا حسد إلا فى اثنين رجل آتاه الله تعالى مالا فهو ينفقه فى طاعة الله ورجل آتاه الله تعالى علمًا فهو يعلمه الناس ويقضى به»[٢] الحديث بظاهره دليل على إباحة الحسد فى هذين، لأنه استثنى من التحريم، والاستثناء من التحريم إباحة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: وليس الأمر كما يقتضيه ظاهر الحديث، والحسد حرام فى هذين، كما هو حرام فى غيرهما، وإنما معنى الحديث لا ينبغى للإنسان أن يحسد غيره، ولو حسد فإنما يحسد فى هذين، لا لكون الحسد فيهما مباحًا بل لمعنى آخر، أن الإنسان إنما يحسد غيره[٣] لنعمة يراها عليه فتمناها[٤] لنفسه، وما عدا هذين من أمور الدنيا ليس بنعمة، لأن مآل ذلك سخط الله تعالى، والنعمة ما يكون مآله رضا الله تعالى، وهذان ما بهما رضا الله تعالى فهما النعمة دون ما سواهما.

---

(١) ذكره ابن حجر فى "سبل السلام" ١٨٨/٤، ثم قال: وهو حديث ضعيف، وأنكره أحمد، وقال الهيثمى: ليس بشىء.

(٢) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٧٣ و١٣٤٣ و٤٧٣٧ و٦٧٢٢ و٦٨٨٦، ومسلم فى "صحيحه" (٨١٥-٨١٦): باب فضل من يقوم بالقرآن، والترمذى فى "سننه" (١٩٣٦): باب ما جاء فى الحسد، وابن ماجه فى "سننه" (٤٢٠٨-٤٢٠٩)، والنسائى فى "سننه الكبرى" (٥٨٤٠): باب فضل العلم، وابن حبان فى "صحيحه" (٩٠ و٢٢٥): فى إباحة الحسد، والبيهقى فى "الكبرى" (٧٦١٥): باب وجوب الصدقة.

(٣) ورد فى "ف" و "م" : إنما يحسد غيره عادة.

(٤) ورد فى نسخة "م" : فيتمنى ذلك.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : الحسد المذكور المذموم أن يرى على غيره نعمة ، فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير ، وكينونتها لنفسه ، أما لو تمناها لنفسه [فذلك لايسمّى حسداً ، بل يسمى غبطة . وكان شيخ الإسلام يقول : لو تمنى تلك النعمة بعينها لنفسه][(١)] ، فهو حرام ومذموم ؛ لأنه تمنى الزوال عن ذلك الغير ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿وَلا تَتَمَنَّوا مَا فَضَّلَ اللهُ بِهِ بَعضَكُم عَلى بَعضٍ﴾[(٢)] أما إذا تمنى مثل ذلك لنفسه فلا بأس به .

٩٦٨١- وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى أنه قال : معنى الحديث أن الحسد مذموم يضر الحاسد إلا فيما استثنى فهو محمود فى ذلك ، فإنه ليس بحسد على الحقيقة ، بل هو غبطة ، والحسد أن يتمنى الحاسد أن تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك ، ويعتقد أن تلك النعمة فى غير موضعها ، ومعنى الغبطة أن يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير أن يتكلف ويتمنى ذهاب ذلك عينًا . أورد محمد رحمه الله تعالى هذا الحديث فى أدب القاضى - والله سبحانه وتعالى أعلم- .

---

(١) هذه العبارة وردت فى النسخ التى عندنا كلها .

(٢) سورة النساء : الآية ٣٢ .

الفصل السادس والعشرون
فى دخول النساء الحمام وركوبهن على السرج

٩٦٨٢- ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير" عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى أنه كتب : أن لا تدخل الحمام امرأة إلا نفساء أو مريضة ، ولا تركب امرأة مسلمة على سرج . قوله : لا تدخل الحمام امرأة نهى عن سبيل العموم ، ولكن بصيغة الخبر ، وقوله : إلا نفساء أومريضة استثناء لحالة العذر ، ولا خلاف لأحد فى إباحة الدخول لهن بهذه الأعذار ، أما بعذر المرض فلأن للحمام أثرًا فى إزالة بعض الأمراض ، فكان بسبب التداوى بسائر المداواة ، وقد أبيح لها فى حال العذر ما هو أشد من هذا ، وهو كشف العورة للتداوى ، وأما بعذر النفاس فلأنه نوع مرض ، وقاس بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى الحيض بالنفاس من حيث إنه مرض كالنفاس .

٩٦٨٣- وأما دخولهن الحمام بغير هذه الأعذار فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى ذلك ، بعضهم قالوا : لا يباح ، وإليه مال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" ، ويستدل هذا القائل بعموم قوله : لا تدخل الحمام امرأة ، ويستدل أيضًا بامتناع محمد رحمه الله تعالى عن رد هذا الحديث عند ذكره ، فإنه لم يقل : ولانأخذ به ، فدل على أن ذلك قوله .

ويؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : «أيما امرأة وضعت جلبابها فى غير بيت الزوج فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين» ، ولما دخلت نساء حمص على عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : أنتن اللتى تدخلن الحمام ، فقلن : نعم ، فأمرت بإخراجهن ، وغسلت موضع جلوسهن .

٩٦٨٤- وبعضهم قالوا : يباح إذا خرجت بإذن زوجها متقنعة ، واتزرت حين دخل الحمام ، إليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى . وهذا لأن دخول الحمام إما لأجل الزينة وهو بالنساء أليق منه بالرجال ، أو للحاجة إلى الاغتسال ، وحاجة المرأة إلى الحمام لذلك أشد من حاجة الرجل ؛ لأن أسباب الاغتسال فى حقهن أكثر ، وهى لا تتمكن من الاغتسال فى الحياض والأنهار والرجل يتمكن من ذلك ، فالإباحة فى حق الرجل يدل على الإباجة فى حق المرأة من طريق الأولى . وتأويل تلك الحديث فى التى تخرج بغير إذن الزوج أو تخرج غير متقنعة .

٩٦٨٥- وقوله: ولا تركب امرأة مسلمة على سرج بظاهره نهى النساء عن الركوب على السرج، وبه نقول: إنه خرج موافقًا لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله الفروج على السروج»[1]، والمعنى فى النهى من وجهين: أحدهما: أن هذا تشبه بالرجال، وقد نهينا عن ذلك. والثانى: أن فيه إعلاء النفس وإظهاره للرجال وقد أمرت بالستر، قالوا: وهذا إذا كانت شابة، وقد ركبت للتبرج والتفرج، وأما إذا كانت عجوزًا، أو كانت شابة، وقد ركبت مع زوجها لعذر بأن ركبت للجهاد، وقد وقعت الحاجة إليهن للجهاد، أو للحج، أو للعمرة، فلا بأس إذا كانت مستترة، فقد صح أن نساء المهاجرين كن يركبن الأفراس، ويخرجن للجهاد، وكان رسول الله ﷺ يراهن ولا ينهاهن، وكذلك بنات خالد ابن الوليد كن يركبن ويخرجن للجهاد، ويسقين المجاهدين فى الصفوف، ويداوين الجرحى -والله أعلم-.

(١) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" ٣/ ٢٢٨، ثم قال: غريب جدًا.

الفصل السابع والعشرون
فى البيع والاستيام على سوم الغير

٩٦٨٦- ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير" : أن بيع السرقين جائز عندنا؛ لأن السرقين منتفع به وإن كان نجسًا، فيجوز بيعه كالثوب النجس. بيان الانتفاع أن الناس اعتادوا إلقاء السرقين فى الأراضى لاستكثار الربع من غير نكير منكر، وإذا ثبت أنه منتفع به كان مالا عرفًا وشرعًا، ولأجل ذلك الناس يحرزونه ويجرى فيه الشح والضن، وإذا ثبت المالية جاز البيع.

٩٦٨٧- ويكره بيع العذرة الخالصة؛ لأنها غير منتفع بها؛ لأن الناس لايحرزونها، ولا ينتفعون بها، وإنما ينتفعون بالمخلوط بالتراب، فالمخلوط بالتراب منتفع به فيجوز البيع، أما غير المخلوط فليس بمنتفع به، فلا يجوز البيع. وهل يجوز استعمال العذرة الخالصة؟ فعن محمد رحمه الله تعالى لا يجوز، وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان.

قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير" أيضًا: ولا بأس ببيع من يزيد، وهو بيع الفقراء ومن كسدت بضاعته، والأصل فيه ماروى عن النبى ﷺ: «باع قعبًا وحلسًا بيع من يزيد»، ولأن الناس يعاملون كبيع المزايدة فى الأسواق من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر. وإنما أورد هذه المسألة لإشكال وهو الاستيام على سوم الغير منهى عنه، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يستام الرجل على سوم أخيه»، فظن بعض الناس أن بيع المزايدة استيام على سوم الغير، وليس كذلك؛ وإنما الاستيام على سوم الغير أن يشترى بعد ما ركن قلب ذلك الغير إلى السلعة، وظهرت الرغبة، واتفقا على مقدار.

٩٦٨٨- وإذا أردت أن تعرف الفرق بين الاستيام على سوم الغير وبين بيع المزايدة، فمعرفة ذلك بحرف، وهو أن صاحب المال إذا كان ينادى بسلعته، فطلبه إنسان بثمن، فإن لم يكن عن النداء، فلا بأس لغيره أن يزيد، ويكون هذا بيع المزايدة، ولا يكون هذا استيامًا عل سوم الغير، وإن كف عن النداء، وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل، فليس للغير أن يزيد فى ذلك، ويكون هذا استيامًا على سوم أخيه. وإن كان الدلال هو الذى ينادى على السلعة وطلبه إنسان بثمن، وقال الدلال: حتى أسأل المالك، فلا بأس للغير أن يزيد فى هذه الحالة، فإن أخبر مالكه بذلك، فقال: بعه بذلك واقبض الثمن فليس للغير أن يزيد بعد ذلك، ويكون هذا

استياماً على سوم الغير ؛ وهذا لأن النهى عن الاستيام على سوم الغير لدفع الوحشة، والوحشة إنما تحصل إذا ركن قلب صاحب السلعة إلى ما طلب منه، وعزم على بيعها بذلك، أما قبل ذلك فلا .

والدليل على صحة ما قلنا ما روى فى حديث فاطمة بنت قيس : إنها قالت لرسول الله ﷺ : إن معاوية وأبا الجهم يخاطبانني فما ترى؟ فقال عليه الصلاة والسلام : «أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو الجهم فلا يرفع عصاه عن أهله انكحي أسامة بن زيد»، ففعلت، فوجدت منه خيراً كثيراً، فثبت بهذا الحديث صحة ما ذهبنا إليه من الفرق .

٩٦٨٩- وفى وديعة "العيون" : رجل اشترى جارية وهى لغير البائع [أو اشترى ثوبًا وهو لغير البائع][1]، فوطئ المشترى الجارية، ولبس الثوب، وهو لا يعلم، ثم علم فهل على المشترى إثم؟ روى عن محمد رحمه الله تعالى : أن الجماع واللبس حرام، إلا أنه يوضع عن المشترى الإثم . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : الوطء حلال، وهو مأجور فى إتيان الجارية .

وإذا تزوج امرأة، ثم تبين أنها كانت منكوحة الغير، وقد وطئها الزوج الثانى، يجب أن تكون المسألة على الخلاف الذى ذكرنا -والله تعالى أعلم- .

---

(١) هذه العبارة وردت فى النسخ التى توجد عندنا .

الفصل الثامن والعشرون
فى الرجل يخرج إلى السفر ويمنعه[1] الوالدان والعبد يخرج ويمنعه المولى، والمرأة تخرج ويمنعها الزوج

٩٦٩٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "السير": ولا يخرج الرجل إلى الجهاد، وله أب أو أم إلا بإذنه، إلا فى النفير العام. والأصل فى ذلك ما روى عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن أفضل الأعمال، فقال: «الصلاة لوقتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد فى سبيل الله»[2]، فهذا تنصيص على تقديم بر الوالدين على الجهاد، والمعنى أن الجهاد فرض عام، ينوب البعض، وطاعة الوالدين وبرهما فرض خاص لا ينوب البعض فيه عن البعض، ولا شك أن الاشتغال بالفرض الخاص الذى لا ينوب عنه غيره فيه أولى من الاشتغال بالفرض العام الذى ينوب عنه فيه غيره، وهذا استحسان، والقياس أن يخرج بغير إذنهما.

٩٦٩١- ولو أراد أن يخرج من بلدة إلى بلدة للتجارة أو للفقه، وكان الطريق آمنًا لايخاف عليه الهلاك، فله أن يخرج من غير إذنهما قياسًا واستحسانًا، وجه القياس أن الجهاد قبل النفير العام إما أن يعتبر فرض كفاية، أو يعتبر تطوّعًا، فإن اعتبرناه تطوّعًا، فللولد إقامة التطوّعات نحو الصلاة والصوم بغير إذن الوالدين، وإن اعتبرناه فرض كفاية فكذا للولد إقامة ما هو فرض كفاية من غير إذن الوالدين، كصلاة الجنازة، ورد السلام، وما أشبه ذلك.

وجه الاستحسان فى ذلك ما روينا وما روى: "أن رجلا قال لرسول الله ﷺ: إنى أريد الجهاد، فقال له: أ لك أم؟ فقال: نعم، فقال: ألزم أمك، فإن الجنة عند رجل أمك"[3]. روى: "أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ، وقال: جئت أجاهد معك، وتركت والدى يبكيان،

---

(١) ورد فى نسخة "ف": ويمنعه أبوان، أو أحدهما، أو غيرهما من الأقارب، أو يمنعه الوالدان.

(٢) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٧٠٩٦): باب وسمى النبى ﷺ الصلاة عملا، ومسلم فى "صحيحه" (٨٥): باب كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٣٢١٠)، والمسند المستخرج على صحيح مسلم (٢٥٢).

(٣) أخرجه البخارى فى "تاريخه" ١/ ١٢١، ذكر بمعناه الهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٨/ ١٣٨، وذكره المزى فى "تهذيب الكمال" ٢٨/ ١٦٢ اللفظة المذكورة نفسها.

فقال عليه الصلاة والسلام : اذهب فأضحكهما كما أبكيتهما "[١]، وقال عليه الصلاة والسلام : «ليعمل البار ما شاء فلن يدخل النار وليعمل العاق ما شاء فلن يدخل الجنة»[٢]، وقال عليه الصلاة والسلام : «من أصبح ووالداه راضيان عنه فله بابان مفتوحان إلى الجنة»[٣]، فتركنا القياس فى الجهاد بهذه الآثار، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره.

والنص الوارد باشتراط إذن الوالدين فى حق الجهاد قبل مجىء النفير عامًا ، وفى الخروج إلى الجهاد وتفجيعهما، وإلحاق المشقة بهما لما يخافان عليه من الهلاك، بالقتل فى الجهاد لا يعتبر واردًا دلالة فى صلاة الجنازة ورد السلام، ولا فى غيرهما من التطوّعات وهما لا يخافان عليه، بسبب إقامة هذه العبادات، وإذا لم يعتبر واردًا فيهما دلالة رد صلاة الجنازة وردالسلام إلي ما يقتضيه القياس، ولا يعتبر واردًا أيضًا دلالة بعد مجىء النفير العام؛ لأن الجهاد حال مجىء النفير العام فرض عين على[٤] من قدر على الجهاد، حتى لو ترك مع القدرة أثم، كما لو ترك [الصلاة المفروضة والصوم المفروض، وقبل النفير العام الجهاد فرض الكفاية، حتى لو ترك مع القدرة لم يأثم، كما لو ترك][٥] سائر التطوّعات، والفرض العين فوق فرض الكفاية، فالنص الوارد باشتراط الإذن قبل النفير العام لا يصير واردًا بعد النفير العام؛ لأن النص يدل على مثله، وعلى ما دونه، ولا يدل على ما فوقه، فيرد هذه الحالة، وهو ما بعد مجىء النفير العام إلى ما يقتضيه القياس، ولأن النفير إذا كان عامًا، وكل واحد من المسلمين مقصود بالقتل، فكان للولد الدفع عن نفسه بغير إذن الوالدين، وإن كان فى خروجه تفجيعهما، وإلحاق المشقة بهما، لأن الولد مضطر فى ذلك، وصار كما لو قصد إنسان قتل الولد كان له دفعه عن نفسه بغير إذن الوالدين، وطريقه ما قلنا، وكذلك هنا. بخلاف ما إذا لم يصر النفير عامًا؛ لأنه بالخروج إلى الجهاد لا يدفع القتل عن نفسه؛ لأن القتل لم يتجه عليه لا

---

(١) ذكره القرطبى فى تفسيره ١٠/ ٢٤٠، ونسبه إلى مسلم فى غير الصحيح، ولكن له شاهد عند البخارى ومسلم من حديث عمرو بن العاص.

(٢) ذكره أبو شجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٥٠٦٣)، و القرطبى فى تفسيره ١٠/ ٢٤٣.

(٣) أخرجه هناد فى زهده (٩٩٣) من حديث ابن عباس، والبيهقى فى "شعب الإيمان" (٧٩١٥)، وأبو شجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٥٩٤٢)، وذكره المناوى فى "فيض القدير" ٦/ ٦٧-٦٨، وأخرجه ابن أبى حاتم فى "علله" ٢/ ٢١١، وعبد الكريم فى "أخبار قزوين" ١/ ٩.

(٤) هكذا ورد فى الأصل ونسخة "ظ"، وكان فى "ف" و "م": فرض عين فى حق من قدر على الجهاد.

(٥) هذه العبارة أثبتت من جميع النسخ التى فى أيدينا.

حقيقة ولا اعتباراً، فلا يضطر الولد فى هذه الحالة إلى تفجيعهما، وإدخال المشقة عليهما، وقد منع الولد من تفجيع الأبوين، ولهذا لا يقاد [الوالد بقتل الولد][1]، ولا يحبس بدينه، ولا يحد حد القذف بقذف الابن لما فيه من تفجيعهما وإدخال المشقة عليهما، فلا يجوز تفجيعهما بالخروج إلى الجهاد من غير ضرورة. وإذا خرج للتجارة، أو للتفقه ففيه كلمات تأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

٩٦٩٢- وهكذا الجواب فى العبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن المولى، إلا أن يقع النفير عامًا، والنص الوارد فى الولد يكون وردًا فى العبد دلالة، وذلك لأن حق السيد فى عبده أكثر من حق الوالدين فى ولدهما؛ لأن للسيد حقيقة ملك فى عبده، وليس للوالدين حقيقة ملك فى رقبة ولدهما ولا حق ملك، وإنما لهما حق ملك فى كسب ولدهما، وكما منع الوالد من تفجيع والديه منع العبد من تفجيع مولاه، حتى لا يقاد السيد لعبده، كما لا يقاد الوالد لولده، فصار الجواب فى العبد كالجواب فيما بين الولد والوالدين.

فإن قيل: الولد إنما كان له الخروج بغيز إذن والديه إذا جاء النفير عامًا؛ لأن منافع الولد غير مملوك للوالدين، وأما منافع العبد مملوكة للمولى، فهذا إنما يقاتل بملك غيره، فلا يحل إلا بإذن صاحب المال.

قلنا: نعم، يقاتل العبد بمنافع مملوكة للمولى بغير إذنه إلا أن القتال بملك الغير بغير إذنه حال الضرورة مباح، فيباح للعبد ذلك بغير إذن المولى.

٩٦٩٣- وإن كان له أبوان، وقد أذنا له بالخروج إلى الجهاد، كان له الخروج؛ لأنه إنما منع من الخروج لحقهما، فإذا أذنا له بالخروج إلى الجهاد، فقد زال المانع من الخروج فزال المنع، وكان كالعبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن مولاه، وإذا أذن له مولاه بالخروج، كان له الخروج؛ لأن المانع من الخروج قد زال، فكذلك هذا.

٩٦٩٤- وإن أذن له أحدهما، ولم يأذن له الآخر فإنه لا يخرج، لأنه كان ممنوعًا من الخروج لحق كل واحد من الأبوين، فإذا أذن له أحدهما فى الخروج إلى الجهاد، ولم يأذن له الآخر فالمانع من الخروج لم يزل بعد، فبقى المنع، وكان كعبد بين شريكين أذن له أحدهما فى الخروج إلى الجهاد ولم يأذن له المولى الآخر، لا يباح له الخروج؛ لأنه كان ممنوعًا عن الخروج لحق كل واحد من المولبين، فإذا أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر لم يزل المانع، فبقى المنع.

٩٦٩٥- والوالدان فى سعة من أن لا يأذنا له إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة؛

---

(١) هكذا ورد فى نسخة "م"، وفى الأصل ونسختى "ف" و "ظ": الولد بالوالد.

لأنهما يحملان على ما هو الأقوى فى حقهما ، وهو برهما .

٩٦٩٦- ثم إن كره الوالدان ، أو أحدهما خروجه إلى الجهاد لا فرق بين أن يخاف الضيعة عليهما بأن كانا معسرين وكان نفقتهما عليهما ، أو لا يخاف عليهما الضيعة متى خرج بأن كانا موسرين ولم تكن نفقتهما عليه ، فإنه فى الحالين جميعًا لا يباح الخروج استحسانًا ؛ لأنه منع من الخروج قبل إذنهما شرعًا لما يلحقهما من التفجيع لا يخاف عليه من القتل ، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بينما إذا كان يخاف الضيعة عليهما أو لا يخاف عليهما .

٩٦٩٧- هذا الذى ذكرنا كله إذا كان أبواه مسلمين ، فأما إذا كان له أبوان كافران ، أو أحدهما ، فاستأذنهما فى الخروج إلى الجهاد ، فكرها له ذلك ، أو كره الكافر منهما هل له أن يخرج؟ قال : فلينظر فى ذلك أى فليتحر فى ذلك ، فإن وقع تحريه على أنه كرها خروجه لما يلحقهما من التفجع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من القتل ، فإنه لا يخرج ؛ لأنه كما منع الولد عن إلحاق التفجيع بوالديه إذا كانا مسلمين منع عن إلحاق التفجيع بهما إذا كانا كافرين ، ألا ترى أن الوالد المسلم كما لا يقاد بولده المسلم لا يقاد بولده الكافر ، وكما لا يحبس الوالد المسلم بدين ولده المسلم لا يحبس الوالد الكافر بدين ولده المسلم . والأصل فى ذلك قوله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[1] ، والوالد الكافر فى هذا والمسلم سواء .

فأما إذا وقع تحريه على أنه إنما كرها خروجه للجهاد كراهة أن يقاتل مع أهل دينه وملته لا لما يلحقها من التفجيع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من قتله كان له الخروج بغير إذنهما ؛ لأنهما نهيا عن مقاتلة أهل الكفر ، والنهى عن مقاتلة أهل الكفر معصية ، ولا تجب طاعة المخلوق فى معصية الخالق ، قال الله تعالى : ﴿وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾[2] ، وقال عليه الصلاة والسلام : «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق»[3] ، فكان له أن يخرج بغير إذنهما إلا أن يخاف الضيعة عليهما ، فإذا خاف الضيعة عليهما لم يسعه الخروج ؛ لأن صيانتهما عن الضياع فرض عليه عينًا لا يسعه تركها ، وإن كانا كافرين ، ألا ترى أنه يلزمه

---

(١) سورة لقمان : الآية ١٥ .

(٢) سورة لقمان : الآية ١٥ .

(٣) أخرجه الترمذى : باب ما جاء «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق» ، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٣٤٩٣٨) ، والبزار فى "مسنده" (١٩٨٨) ، والطبرانى فى "الأوسط" (٣٩١٧) ، وفى "الكبير" (٣٨١) ، والبيهقى فى "سننه الكبرى" (٥٠٨٥) : باب الصلاة خلف من لا يحمد فعله ، والخلال فى السنة (٥٨) .

نفقتهما ؛ صيانة لهما عن الضياع ، والقتال مع الكفرة قبل النفير العام فيما يسعه تركه ، فإنه مخير فى هذه الحالة بين أن يخرج ، وبين أن لا يخرج ، ولا شك أن الاشتغال بما لايسعه تركه أولى من الاشتغال بما يسعه تركه .

٩٦٩٨- ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب أنه إذا تحرى ولم يقع تحريه على شىء ، بل شك فى ذلك ، ولم يترجح أحد الظنين على الآخر أنهما كرها خروجه لما يلحقهما من التفجيع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من قتله ، أو كرها خروجه لما فى من القتال مع أهل دينهما ، قالوا : وعلى قياس ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير" : فى باب طاعة الوالى يجب أن لا يخرج ، فقد ذكر فى باب طاعة الوالى أن الأمير إذا أمر الجندى بشىء ، وشكوا أنهم ينتفعون به أو يتضررون به وتساوى الظنان قال عليهم : أن يطيعوا الأمير ولا يسعهم خلافه ، لأن طاعة الأمير واجب عليهم بيقين وقع الشك فى سقوطه فلا يسقط بالشك وكذا طاعة الولد للوالدين فيما يأمرانه واجبة عليه بيقين وقع الشك فى سقوطه فلا يسقط عنه بالشك . فإن كرها خروجه لكراهة قتاله مع أهل دينه ، ولأجل المشقة عليه أيضًا لم يخرج لوجود المعنى المانع عن الخروج هو الخوف والمشقة عليه .

٩٦٩٩- وإن كان له أبوان مسلمان ، أو كافران ، فأذنا له فى الخروج وله جدان وجدتان فكرها خروجه فليخرج ، ولا يلتفت إلى كراهة الجدين والجدتين حال قيام الوالدين، لأن الأجداد والجدات حال قيام الأبوين ألحقوا شرعًا بالإخوة والأخوات ولم يلحقوا بالأبوين ، ألا ترى أن الجد لا يلى على حافده، لا فى النفس ، ولا فى المال حال قيام الأب ، ولا يكون للجد حق الحضانة حال قيام الأم ، كما لا يكون للأخت ، فقد ألحقا بالأخ والأخت حال قيام الأبوين ، فكما لا يعتبر كراهة الإخوة والأخوات فى الخروج إلى الجهاد ، وبعد وجود الإذن من الأبوين لا يعتبر كراهة الجد والجدة حال قيام الأبوين بعد وجود الإذن من جميعهما .

٩٧٠٠- فأما إذا كان الأبوان ميتين ، وكان له جد من قبل الأب أب الأب ، وجدة من قبل الأم أم الأم لم يخرج بإذنهما ، لأن الجد بعد موت الأب بمنزلة الأب لا بمنزلة الأخ ؛ ألا ترى أنه فى حق الولاية على حافده قام مقام الأب ، فكذا فى حق الإذن بالجهاد ، والجدة أم الأم بعد موت الأم قامت مقام الأم فى الحضانة ، فكذا فى حق الإذن بالجهاد تقوم مقام الأم ، وإذا قاما مقام الأبوين لم يخرج إلا بإذنهما ، كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين .

٩٧٠١- وإن كان له جدان أحدهما من قبل الأب أب الأب والآخر من قبل الأم أب الأم ، وجدتاه إحداهما من قبل الأم أم الأم ، والأخرى من قبل الأب أم الأب ، فالإذن إلى أب

الأب، وإلى أم الأم، ولا عبرة للآخرين لأن الآخرين صارا محجوبين باب الأب، وبأم الأم فى حق الولاية والحضانة، فألحقا بالأخ والأخت لا بالأبوين، فكذا فى حق الإذن يصيران محجوبين بهما، ويلحقان بالأخ والأخت لا بالأبوين، فيعتبر إذن أب الأب وأم الأم، وكراهتهما لهذا.

٩٧٠٢- فإن لم يأذن له اللذان ذكرنا وهو الجد من قبل الأب والجدة من قبل الأم وأذن له الآخران قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب : لا يعجبنى أن يخرج وكان المقام أحب إلى من الخروج. فلم تثبت الكراهة هنا لحق الجد من قبل الأب والجدة من قبل الأم ولكن جعل المقام أحب من الخروج لحق أم الأب ولأب الأم.

٩٧٠٣- ومنها إذا كان له أبوان وجدتان ولم يأذن له أبوان وأذن له الجدان والجدتان أثبت الكراهة، فقال : لا ينبغى له أن يخرج، وإنما فعل هكذا لأن الأبوين أقرب من الجدود والجدات، فلارتفاع درجة الأبوين أثبت الكراهة إذا لم يأذن له فى الخروج، ولانحطاط درجة الاجداد والجدات لم تثبت الكراهة إذا لم يأذن له الجد من قبيل الأب والجدة من قبيل الأم بعد وجود الاذن من الجد من قبل الأم والجد من قبيل الأب. فإن لم يكن له جدة من قبل الأم ولاجد من قبل الأب وكانت له جدة من قبل الأب [أم الأب وجد من قبل الأم][1] أب الأم فإنه لا يخرج [للجهاد][2] إلا بإذنهما.

٩٧٠٤- وإن أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر، فإنه لا يخرج، فإن أم الأب وجد من قبيل الأم أب الأم، فإنه لا يخرج أم الأب وجده من قبل الأم. علل محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب، وقال : لأنها بمنزلة الوالدين إذا لم يكن والدان يريد بذلك -والله أعلم- أن أم الأب حال عدم الأم والجدة من قبيل الأم تكون بمنزلة الأم وليست بمنزلة الأخت فى حق الحضانة حتى كانت أولى بالحضانة حال عدم الأم والجدة من قبيل الأم من الأخت، فكذا فى حق الإذن فى الجهاد تكون بمنزلة الأم، ولم يكن بمنزلة الأخت، ولا يخرج إلى الجهاد بغير إذن الأم، فكذا لا يخرج بغير إذن أم الأب. والجد من قبيل الأب إن لم يكن بمنزلة الأب فى حق الولاية عليه بالنفس والمال، فهو بمنزلة الأب، لا بمنزلة الأخ فى حق الحبس، حتى لايحبس أب الأم بدين وجب لولد البنت عليه، و لا يقتص بقصاص لولد البنت عليه، ولو قذف ولد البنت، فإنه لا يحد حد القذف. فكان فى هذه الأحكام بمنزلة الأب، لا بمنزلة

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) أثبت من "ظ".

الأخت، فكذا في حق الإذن بالجهاد.

٩٧٠٥- فإن كان له جد من قبل أبيه، وأم، ولم يكن له أب، فإنه لا يخرج إلى الجهاد إلا بإذن الأم وإذن الجد؛ لأن الجد من قبيل الأب حال عدم الأب بمنزلة الأب في حق الولاية، حتى كانت الولاية إلى الجد من قبل الأب في حق النفس والمال جميعًا، حال عدم الأب، فلايخرج إلا بإذنهما، كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين، فإن لم يكن أم، وكانت له جدة من قبل الأم، وجدة من قبل أبيه، فأذنت له الجدة التي من قبل الأم، ولم تأذن له الجدة التي من قبل الأب، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجدة من قبل الأم بمنزلة الأخت في حق الحضانة بالتربية، حتى كانت الحضانة للجدة من قبل الأم، ولم تكن للجدة من قبل الأب، كما لا يكون للأخت، فكذا في حق الإذن بالجهاد. ولو كان له أم وأخت، فأذنت له الأم بالجهاد، ولم تأذن له الأخت بالجهاد، كان له أن يخرج، فكذا هذا.

٩٧٠٦- وإن كان له أم وجدات، فأذنت له الأم، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجدات حال قيام الأم بمنزلة الأخوات في حق الحضانة، حتى لم يكن لهم حق الحضانة حال وجود الأم، كما لا يكون للأخوات، فكذا في حق الإذن بالجهاد قامت الجدات مع الأم مقام الأخوات، وكذا إذا كان له أب وأجداد، فأذن له الأب، فلا بأس بأن يخرج.

ثم قال: وذلك لأن الأجداد حال وجود الأب بمنزلة الإخوة، لا بمنزلة الأب في حق الولاية والميراث، فكذا في حق الإذن -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

٩٧٠٧- قال: وكل سفر أراد الرجل أن يسافر، غير الجهاد، للتجارة، أو للحج، أو للعمرة، فكره ذلك أبواه، هل له أن يخرج بغير إذنهما؟ فهذا كله على وجهين: إما إذا كان لا يخاف الضيعة عليهما، بأن كانا موسرين، ولم تكن نفقتهما عليه [أو كان يخاف عليهما الضيعة، بأن كانا معسرين، وكانت نفقتهما عليه][1]، أو كان السفر سفرًا يخاف على الولد الهلاك فيه، كركوب السفينة في البحر، وكاختيار البادية ماشيًا في الحر الشديد، أو كان سفرًا لا يخاف على الولد الهلاك فيه، فإن كان يخاف الضيعة عليهما، فإنه لا يخرج بغير إذنهما، سواء كانت السفر سفرًا يخاف على الولد الهلاك فيه، أو لا يخاف. وذلك لأن صيانتهما عن الهلاك بالإنفاق عليهما فرض عليه، حتى يجبر على ذلك، والخروج للتجارة والكسب مباح، والخروج للعمرة تطوع، وللحج إن كان حجة الإسلام تطوّع إذا لم يكن ماله يفي بالزاد والراحلة، وبنفقة من يلزمه نفقته إلى أن يذهب للحج و يجيء، وهنا ماله لا يفي بالكل، حتى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

خاف الضياع عليهما، فلا يفرض عليه الخروج للحج، ويكون بمنزلة حجة التطوع، ولا يجوز الاشتغال بالتطوع والمباح إذا تضمن ترك فرض، فعلى هذا قالوا: لا يباح له الخروج للنفقة بغير إذن والديه، إذا كان يخاف الضيعة عليهما.

٩٧٠٨- فأما إذا كان لا يخاف الضيعة عليهما، متى خرج هل له أن يخرج بغير إذنهما؟ إن كان السفر سفراً لا يخاف على الولد الهلاك فيه، كان له أن يخرج بغير إذنهما؛ لأن القياس أن يخرج فى الجهاد بغير إذنهما، لقوله تعالى: ﴿اقتُلُوا الْمُشرِكِينَ﴾[1]، ولقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الذينَ لا يُؤمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَومِ الآخَرِ﴾[2]، إلا أنا تركنا القياس بالجهاد، والنص الوارد بالجهاد بخلاف القياس، وفيه تفجيعهما، وإلحاق المشقة بهما لأجل ما يخافان الهلاك على ولدهما فى الجهاد، لايعتبر دلالة فى سفر لايخافان الهلاك عليه، فيرد هذا على ما يقتضيه القياس. ولأن الخروج للتجارة خروج للمكتسب، ولابد للولد من التكسب لإصلاح معيشته، فإنه متى ترك ذلك ربما يحرجه ذلك إلى ما فيه مزلة، وهو السؤال من غيره من الناس أو يلقيه فى المهلكة، بأن يوقعه فى السرقة، ألا ترى أن له الخروج إلى ضيعة للزراعة، وإلى سوقه للتجارة، وإن لم يأذنا فيه، كذا هذا.

٩٧٠٩- وإن كان سفراً يخاف عليه الهلاك فإنه لايخرج إلا بإذنهما؛ لأنه إذا كان سفراً يخاف عليه الهلاك، كان بمنزلة الجهاد، فلا يخرج إلا بإذنهما، فكذا هذا، وكذا الجواب فيما إذا خرج للتفقه إلى بلد آخر، إن كان لايخاف عليه الهلاك بسبب هذا الخروج كان بمنزلة السفر للتجارة، وإن كان يخاف عليه الهلاك، كان بمنزلة الجهاد.

٩٧١٠- هذا إذا خرج للتجارة إلى مصر من أمصار المسلمين، فأما إذا خرج للتجارة إلى أرض العدو بأمان، فكرها خروجه، بأن كان أمراً لايخاف عليه منه، وكان قوماً يوفون بالعهد يعرفون بذلك، وله فى ذلك منفعة، فلا بأس بأن يعصيهما؛ لأن أرض الحرب -والحالة هذه من حيث الأمن- بمنزلة أرض الإسلام، فكان الخروج إليه للتجارة، والخروج إلى مصر من أمصار المسلمين سواء.

٩٧١١- وإن كان يخرج فى تجارة إلى أرض العدو مع عسكر من عساكر المسلمين، فكره ذلك أبواه، أو أحدهما، فإن كان ذلك العسكر عظيماً، مثل أهل العاتقة ونحوهم، لايخاف عليهم من العدو غلبة أكبر الرأى، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجيش إذا كان عظيماً، فالظاهر

---

(١) سورة التوبة: الآية ٥.

(٢) سورة التوبة: الآية ٢٩.

أنهم ينتصرون، وينتصفون من عدوهم، ولا يضيع من كان معهم، فلا بأس بأن يخرج فيهم[1]، ويكون الخروج للتجارة إلى أرض العدو معهم، والخروج إلى مصر من أمصار المسلمين سواء.

٩٧١٢- وإن كان يخاف على أهل العسكر من العدو، وبغالب الرأى، كان بمنزلة الجهاد، فلايخرج بغير إذنهما، وكذلك إذا كانت سرية أو جديدة خيل ونحوها، فإنه لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن الغالب هو الهلاك فى السرايا، فكان بمنزلة الهلاك.

هذا الذى ذكرنا فى الوالدين والأجداد والجدات. فأما من سواهم من ذى الرحم المحرم كبناته، وبنيه، وإخوته، وعماته، وخالاته، وكل ذى رحم محرم منهم، إذا كرهوا خروجه للجهاد، وكان يشق ذلك عليهم، هل له أن يخرج بغير إذنهم؟ إن كان يخاف عليهم الضيعة، بأن كان نفقتهم عليه، بأن لم يكن لهم مال، وإن كانوا صغارًا، أو صغائر، أو كن كبائر إلا أنه لا أزواج لهن، أو كانوا كبارًا زمنًا لاحرفة لهم، فإنه لايخرج بغير إذنهم، كما ذكرنا فى الوالدين.

٩٧١٣- وإن كان لايخاف عليهم الضيعة، بأن لم تكن نفقتهم عليه، بأن كان لهم مال، أو لم يكن لهم مال، إلا أنهم كبار أصحاء، أو كبائر لهن أزواج، كان له أن يخرج بغير إذنهم؛ لأن القياس فى الوالدين أن يخرج بغير إذنهما، إلا أنا تركنا القياس فى الوالدين بالأثر، بخلاف القياس، والنص الوارد فى الوالدين، بخلاف القياس، ولهما من الحرمة ما ليس لغيرهما من ذى الرحم حتى لا يحبسوا بدين أولادهم، ولم يقصوا ولم يحدوا حد القذف لأولادهم لايعتبر واردًا دلالة فيما عدا الوالدين من ذى الرحم المحرم، وليس لهم هذه الحرمة، فيردونه إلى ما يقتضيه القياس.

٩٧١٤- وأما امرأته: إذا كان يخاف عليها الضيعة، فإنه لايخرج إلا بإذنها؛ لأن عليه نفقتها، كما فى الوالدين وغيرهما من ذوى الرحم المحرم، وإن كان لايخاف عليها الضيعة، كان له الخروج بغير إذنها، وإن كان يشق ذلك عليها. ترك القياس فى الوالدين لايوجب ترك القياس فى المرأة، وليس للمرأة من الحرمة ما للوالدين -والله سبحانه و تعالى أعلم-.

٩٧١٥- قال محمد رحمه الله تعالى: إذا جاء النفير، فقيل لأهل مدينة، أو مصر قريب من العدو، وقد جاء العدو يريدون أنفسكم، وذراريكم، وأموالكم، فلا بأس بأن يخرج الرجل بغير إذن والديه، وإن نهياه، فلا بأس بأن يعصيهما إذا كان ممن يقدر على الجهاد، وقد

---

(١) ورد فى نسخة "م": معهم مكان فيهم.

ذكرنا هذا.

٩٧١٦- وليس للوالدين أن ينهيا الولد عن الخروج فى هذه الحالة؛ لأن القتال فى هذه الحالة فرض عين، وليس لهما أن ينهيا الولد عما هو فرض عين.

وهذا إذا كان بالولد قوة القتال، أو يحصل بخروجه قوة للمسلمين [فأما إذا لم يكن له قوة القتال، ولايحصل بخروجه قوة للمسلمين، فإنه لايخرج إلا بإذنهما؛ لأن الجهاد بعد](1) النفير العام إنما يفترض على القادر، أو على من يحصل بخروجه قوة للمسلمين وإن كان لايقدر على القتال، ولايجب على العاجز، لأن العجز مما يسقط الفرايض، وإذا كان لايفترض عليه حالة العجز، كان الجواب فى حقه بعد مجىء النفير كالجواب فى حق القادر قبل مجىء النفير العام، وقبل مجىء النفير العام كان لا يخرج القادر إلا بإذنهما، فكذلك هذا.

٩٧١٧- ثم الجهاد بعد النفير العام لا يفترض على جميع أهل الإسلام شرقًا وغربًا فرض عين، وإن بلغهم النفير العام، وإنما يفترض فرض عين على من كان(2) بقرب من العدو، وهم يقدرون على الجهاد، أما من وراءهم ببعد من العدو، فإنه يفترض عليه فرض كفاية، لا فرض عين، حتى يسعهم تركه، إذا لم يحتج إليهم، فأما إذا احتيج إليهم، بأن عجز من كان بقرب العدو من المقاومة مع العدو، أو لم يعجزوا(3) إلا أنهم تكاسلوا، ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من يليهم فرض عين، كالصوم والصلاة لا يسعهم تركه، ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقًا وغربًا على هذا الترتيب والتدريج.

ونظيره الصلاة على الميت، فإن من مات من ناحية من نواحى البلدة، فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه، وليس على من كان ببعد من الميت أن يقوم بذلك، وإن كان الذى يبعد منه يعلم أن أهل المحلة يضيعون حقوقه، أو يعجزون عنه، فعلى الذى يبعد منه أن يقوموا به، كذا هذا.

ثم يستوى أن يكون المستقرض عدلا، أو فاسقا، يقبل خبره فى ذلك؛ لأن هذا خبر ينتشر، ويشتهر بين المسلمين فى الحال، وكذا الجواب فى منادى السلطان يقبل خبره، عدلا

---

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا دون الأصل.

(٢) وفى نسخة "م" ورد: على ما يقرب منه العدو.

(٣) ورد نسخة "م": ولم يعجز عن المقاومة إلا أنهم تكاسلوا.

كان أو فاسقًا .

ثم استشهد في الكتاب لإيضاح ما تقدم، فقال : ألا ترى أن رجلا لو قطع الطريق على رجل ليأخذ ماله، أو ليقتله، أو أراد امرأة ليفجر بها، وقد حضر ذلك رجل يظن أن به قوة عليه، وأنه ينتصف منه، لم يسعه إلا أن يمنع المظلوم ممن يريد ظلمه، وإن كان مع الرجل الذى يريد [ظلمه][1] أن يعينه أبواه، فنهاه عن ذلك، فليس ينبغى له أن يطيعهما، ولا يسعها أن يمنعاه، إلا أن يكون به قوة عليه، فإن كان كذلك، فليطعهما، وإنما ينبغى طاعة الوالدين فى التطوع الذى يسعه تركه، فيقال : برهما أفضل من الجهاد، والتطوع، فإذا جاءت الفريضة، والأمر الذى لايسع الرجل فيه إلا أن يعين، لم يلتفت فى هذا إلى طاعة الوالدين، فكانت طاعة الله تعالى أحق من يؤخذ بها من طاعة الوالدين .

٩٧١٨- ولا تسافر المرأة بغير محرم ثلاثة أيام فما فوقها ، واختلفت الروايات فيما دون ذلك، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : أكره لها أن تسافر يومًا بغير محرم، وهكذا روى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه .

وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : اتفقت الروايات فى الثلاث، فأما ما دون الثلاث، قال أبو جعفر : هو أهون من ذلك . وقال حماد رحمه الله تعالى : لا بأس للمرأة أن تسافر بغير محرم مع الصالحين، والصبى، والمعتوه، ليسا بمحرمين، والكبير الذى يعقل محرم -والله تعالى أعلم- .

---

(١) أثبتت هذه الكلمة من نسخة "ظ" .

الفصل التاسع والعشرون
فى القرض ما يكره من ذلك، وما لا يكره

٩٧١٩- ذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أنه كان يكره كل قرض جر منفعة، قال الكرخى : هذا إذا كانت المنفعة مشروطة فى العقد، وذلك بأن أقرضه غلة ليرد عليه صحاحًا، أو ما أشبه ذلك، وإن لم يكن مشروطًا فى العقد، فأعطاه المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به.

٩٧٢٠- وكذلك إذا أقرض الرجل رجلا دراهم، أو دنانير ليشترى المسقرض من المقرض متاعًا بثمن غالٍ، فهو مكروه، وإن لم يكن شرع المتاع مشروطًا فى القرض ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعًا بثمن غال، فعلى قول الكرخى : لا بأس به، وذكر الخصاف فى كتابه، وقال : ما أحب له ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول : لو لم أشتره منه، طالبنى بالقرض فى الحال.

٩٧٢١- وذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف : أن السلف كانوا يكرهون ذلك، إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة، إنما قال : لا أحب له ذلك، فهو قريب من الكراهة، ولكن دون الكراهة، ومحمد رحمه الله تعالى لم يرَ بذلك بأسا، فإنه قال فى كتاب الصرف : المستقرض إذا أهدى للمقرض شيأ لا بأس به من غير فصل، فهذا دليل على أنه رفض قول السلف رضى الله تعالى عنهم.

٩٧٢٢- قال شيخ الإسلام : ما نقل عن السلف، فذلك محمول على ما إذا كانت المنفعة وهو شراء المتاع فى مسألتنا بثمن غال مشروطة فى الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف. وما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على ما إذا لم يكن المنفعة -و هى الإهداء- مشروطة فى القرض، ذلك لايكره بلا خلاف.

هذا إذا تقدم الإقراض على البيع، فإذا تقدم البيع على الإقراض، وصورة ذلك : رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبًا، قيمته عشرون ديناراً، بأربعين ديناراً، ثم أقرضه ستين ديناراً، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً، ذكر الخصاف : أن هذا جائز، وهو مذهب محمد

بن سلمة إمام بلخ ، فإنه روى أنه كان له مبلغ ، فكان إذا استقرض إنسان منه شيئًا كان يبيعه أولا سلعة بثمن غالٍ ، ثم يقرضه بعد الدنانير إلى تمام حاجته . وكثير من المشايخ رحمهم الله تعالى كانوا يكرهون ذلك ، وكانوا يقولون : هذا قرض جر منفعة ؛ فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب ، فكان قرضًا جر منفعة .

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : إن كانا فى مجلس واحد ، يكره ، وإن كانا فى مجلسين مختلفين ، لا بأس به ؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكانتا واحدًا معنى ، فكانت المنعفة مشروطة فى القرض .

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى يفتى بقول الخصاف ، وبقول محمد بن سلمة ، ويقول : هذا ليس بقرض جر منفعة ، هذا بيع جر منفعة ، وهو القرض .

الفصل الثلاثون
فى ملاقاة الملوك، والتواضع لهم
وتقبيل الرجل وجه غيره، وما يتصل بذلك

٩٧٢٣- قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: من قبّل الأرض بين يدى سلطان، أو أمير، أو سجد له، فإن كان على وجه التحية، لا يكفر، ولكن يصير آثمًا مرتكبًا للكبيرة أما لايكفر؛ لأن السجدة على سبيل التحية نفسها ليست بكفر، ألا ترى أن السجدة لغير الله على سبيل التحية كانت مباحة فى الابتداء، والكفر لم يبح فى زمان ما. والدليل على صحة ما قلنا: أن الله تعالى أمر الملائكة بسجدة آدم صلوات الله عليه، ولا يجوز أن يكون الكفر مأمورًا به.

ثم تكلم العلماء رحمهم الله تعالى أن سجدة الملائكة كانت لمن؟ بعضهم قالوا: كانت لله تعالى، ولكن التوجه إلى آدم كان تكريمًا وتشريفًا لآدم. ألا ترى أنه يستقبل الكعبة فى الصلاة، والصلاة تكون لله تعالى، والتوجه إلى الكعبة لتشريف الكعبة، كذا هنا.

وقال بعضهم: لا، بل كانت السجدة لآدم على وجه التحية والإكرام، ثم نسخت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «لو أمرت أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[1] [وأما الإثم؛ فلأنها ارتكاب[2] ما هو محرم، ومنهى عنه، وارتكاب المحرم يوجب الإثم][3].

والدليل على صحة ما قلنا مسألة ذكرها فى واقعات الناطفى، وصورتها: إذا قال أهل الحرب لمسلم: اسجد للملك وإلا قتلناك، فالأفضل له أن لا يسجد؛ لأن هذا كفر صورة، والأفضل للإنسان أن لا يأتى بما هو كفر صورة، وإن كان فى حال الإكراه، وإن أراد أن يسجد

---

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٢١٤٠): باب فى حق الزوج على المرأة، والترمذى فى "سننه" (١١٥٩): باب ما جاء فى حق الزوج على المرأة، وابن ماجة فى "سننه" (١٨٥٩): باب حق الزوج على المرأة، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (١٧١٣٤)، ومعمر بن راشد فى "جامعه" (٢٠٥٩٦)، والدارمى فى "مسنده" (١٤٦٣): باب النهى أن يسجد لأحد، والبيهقى فى "الكبرى" (١٤٤٨١): باب ما جاء فى عظم حق الزوج على المرأة، وابن أبى أوفى فى "مسنده" (٤)، وأحمد فى "مسنده" (١٩٤٢٢)، والطبرانى فى "الكبير" (٥١١٦ و٦٥٩٠ و٦٠٦٠).

(٢) ورد فى نسخة "ف" ونسخة "م": ارتكب.

(٣) هذه العبارة أثبتت من جميع النسخ التى عندنا.

بنية التحية ، فالأفضل له أن يسجد ؛ لأن هذا ليس بكفر . فهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا فيمن سجد للسلطان [على وجه التحية أنه لايكفر ، هذا إذا سجد بنية التحية ، وإن سجد بنية العبادة للسلطان][1] ، أو لم تحضره النية ، فقد كفر [هذا هو الكلام فى السجدة ، جئنا إلى الانحناء للسلطان ، أو لغيره ، وأنه مكروهة ؛ لأنه يشبه فعل المجوس][2] .

٩٧٢٤- وأما الكلام فى تقبيل اليد : فإن قبل يد نفسه لغيره ، فهو مكروه ؛ لأن ذلك من فعل الفساق ، وإن قبل يد غيره ، إن قبل يد عالم ، أو سلطان عادل لعلمه وعدله لابأس به ، هكذا ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" ، وقد صح أن عبد الله ابن عباس رضى الله عنهما أخذ بركاب زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه ، فقال زيد : مهلا يا ابن عم رسول الله ! فقال عبد الله : هكذا كنا نصنع[3] بعلماءنا أكابر أصحاب رسول الله ﷺ ، فلما استوى زيد بن ثابت على بغلته قال لابن عباس : ناولنى يدك ، فناول ، فقبل زيد يده ، وقال : كنا نصنع هكذا بأهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم . فهذا يدلك على أنه لا بأس بتقبيل يد غيره لعلمه ، أولشرفه .

وقد حكى عن سفيان رضى الله تعالى عنه : أنه سمى تقبيل يد العالم ، أو السلطان العادل سنة ، فقال له عبد الله بن المبارك ، ومن يحسن هذا غيرك ، وإن قبل يد غير العالم ، وغير السلطان العادل سنة ، فقال له عبد الله بن المبارك : ومن يحسن هذا غيرك .

٩٧٢٥- وإن قبل يد غير العالم ، وغير السلطان العادل ، إن أراد به تعظيم المسلم ، وإكرامه ، فلا بأس به ، وإن أراد به عبادة له ، أو لينال منه شيئًا من عرض الدنيا ، فهو مكروه ، وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالى يفتى بالكراهة فى هذا الفصل من غير تفصيل ، وعن على الرازى أنه قال : كنا ندخل على المامون ، ونقبل يده ، وبشر يقول : هذا فسق .

٩٧٢٦- وأما الكلام فى تقبيل الوجه حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى أنه قال : لا بأس أن يقبل الرجل وجه الرجل ، إذا كان فقيهًا ، أو عالمًا ، أو زاهدًا ، يريد بذلك إعزاز الدين ، فقد صح أن رسول الله ﷺ قبل بين عينى عثمان ابن مظعون بعد موته ، وقبل أبو بكر رضى الله تعالى عنه جبهة رسول الله ﷺ بعد موته .

وقد ذكر فى "الجامع الصغير" : ويكره أن يقبل الرجل وجه آخر أو جبهته أو رأسه -والله

---

(١) هذه العبارة أثبتت من النسخ التى توجد عندنا كلها .

(٢) هذه العبارة أثبتت من جميع النسخ التى فى أيدينا .

(٣) ورد فى نسخة "ظ" : نفعل مكان نصنع .

أعلم-.

٩٧٢٧- رجل [يختلط][١] إلى رجل من أهل الباطل والشر، ليدفع ظلمه وشره عن نفسه، فإن كان هذا الرجل مشهوراً ممن يقتدى به يكره؛ لأنه إذا كان [يختلط][٢] إليه يظن أنه يرضى بأمره، فكان فيه مذلة أهل الحق، وإن لم يكن مشهوراً يقتدى به، لا بأس إن شاء الله تعالى؛ لأنه عرى عن هذا المعنى.

٩٧٢٨- رجل يدعوه الأمير، فيسأل عن أشياء، فإن تكلم بما لا يوافق الحق، يناله المكروه، لا ينبغي أن يتكلم، بخلاف الحق؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «من تكلم عند ظالم بما يرضيه بغير حق بغير الله تعالى قلب ذلك الظالم عليه»، ويسلط عليه. وهذا إذا لم يخف القتل، أو تلف بعض جسده، أو أخذه ماله، فإن خاف ذلك، لا بأس بذلك؛ لأنه مكره عليه معنًى -والله سبحانه تعالى أعلم-.

(١) هكذا ورد في نسخة "ف"، وورد في الأصل ونسختي "ظ" و "م": يختلف.

(٢) هكذا ورد في نسخة "ف"، وورد في الأصل و "ظ" و "م": يختلف.

الفصل الحادى والثلاثون
فى الانتفاع بالأشياء المشتركة

٩٧٢٩- ذكر فى وديعة "العيون" و"الواقعات": الأرض أو الكرم إذا كان بين حاضر وغائب، أو بين بالغ ويتيم، أن الحاضر أو الغائب يرفع الأمر إلى القاضى، ولو لم يرفع ففى الأرض يزرع بحصته، ويطيب له، وفى الكرم يقوم عليه، فإذا أدركت الثمرة يبيعها، ويأخذ حصته، وتوقف حصة الغائب، ويسعه ذلك إن شاء الله تعالى، فإذا أقدم الغائب، فإن شاء ضمن القيمة، وإن شاء أجازه. وذكر عن محمد رحمه الله تعالى فى موضع آخر: لو أن الشريك أخذ حصته من الثمرة، وأكلها جاز له، ويبيع نصيب الغائب، ويحفظ ثمنها، فإن حضر صاحبه، وأجاز فعله يخير، وإلا ضمنه القيمة.

وإن لم يحضر، فهو كاللقطة، يتصدق بها، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وهذا استحسان، وبه نأخذ، وقال: ولو أدى الخراج كان متطوعًا.

٩٧٣٠- وذكر محمد رحمه الله تعالى فى شروط الأصل فى الدار إذا كانت مشتركة، وأحد الشريكين غائب، فأراد الحاضر أن يسكنها إنسانًا، أو يؤاجرها إنسانًا، قال: أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ينبغى له ذلك؛ لأنه يتصرف فى نصيبه، ونصيب شريكه، والتصرف فى ملك الغير حرام، حقّا لله تعالى، وحقّا لصاحب الملك، وفى القضاء لا يمنع عن ذلك؛ لأن الإنسان لا يمنع عن التصرف فيما فى يده، إذا لم ينازعه أحد. فإن أجر واحد الآخر، ينظر إلى حصة نصيب شريكه من الأجر، ويرد ذلك عليه إن قدر، وإلا يتصدق؛ لأن تمكن فيه حيث لحق شريكه[1]، وكان كالغاصب إذا أجر، وقبض الأجر يتصدق، أويرده على المغصوب منه، أما ما يخص نصيبه يطيب له؛ لأنه لا خبث فيه. هذا إذا أسكن غيره، فأما إذا أسكن بنفسه، وشريكه غائب، فالقياس أن لايكون له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، كما لوأسكن غيره، وفى الاستحسان له ذلك؛ لأن له أن يسكن الدار من غير إذن صاحبه، فإنه يتعذر الاستئذان فى كل مرة، على هذا أمر الدور فيما بين الناس، فكان له أن يسكن حال غيبته، فأما ليس له إسكان غيره حال حضرة صاحبه بغير إذنه، فكذا حال غيبته. وإلى هذا المعنى أشار محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب، فقال: هكذا عامة الدور.

---

(١) ورد فى نسخة "م": لشريكه.

٩٧٣١- وفى العيون": لو أن داراً غير مقسومة بين رجلين غاب أحدهما [وسع الحاضر أن يسكن بقدر حصته، ويسكن الدار كلها، وكذا خادم بين رجلين غاب أحدهما، فللحاضر][1] أن يستخدم الخادم بحصته، وفى الدابة لايركبها الحاضر؛ لأن الناس يتفاوتون فى الركوب، أما لايتفاوتون فى السكن، واستخدام الخادم، فيتضرر الغائب بركوب الدابة، ولا يتضرر بالاستخدام، وبالسكنى. فى إجارات "النوازل"، عن محمد ابن مقاتل أن للحاضر أن يسكن الدار قدر نصيبه، وعن محمد: أن للحاضر أن يسكن جميع الدار إذا خاف على الدار الخراب إن لم يسكنها.

وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى الأرض: أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته، وفى الدار له أن يسكن، وفى "نوادر هشام": أن له ذلك فى الوجهين.

٩٧٣٢- وإذا أراد الرجل أن يحدث[2] ظلة فى طريق العامة، ولايضر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن لكل واحد من أحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح، وقال محمد رحمه الله تعالى: له حق المنع من الإحداث، وليس له حق الطرح، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ليس له حق المنع، ولا حق الطرح[3]. وإن كان يضر ذلك بالمسلمين، فلكل واحد من آحاد المسلمين حق الطرح، والرفع.

وإذا أراد إحداث الظلة فى سكة غير نافذة لا يعتبر فيه الضرر وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء، وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة؟ ذكر أبو جعفر الطحاوى: أنه يباح ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد، وبعد ما خاصمه أحد لا يباح له الإحداث، ولا يباح الانتفاع، ويأثم بترك الظلة، و قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يباح له الانتفاع إذا كان لايضر ذلك بالعامة.

وفى "المنتقى": قال: إذا أراد أن يبنى كنيفًا، أو ظلة على طريق العامة، فإنى أمنعه عن ذلك، وإن بنى ثم اختصموا نظرت فى ذلك، فإن كان فيه ضرر أمرته أن يقلع، وإن لم يكن فيه ضرر تركته على حاله.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا.

(٢) هكذا ورد فى الأصل، وورد فى نسخة "ظ": إحداث مكان أن يحدث.

(٣) ورد فى نسخة "م": حق الرفع.

وقال محمد رحمه الله تعالى: إذا أخرج الكنيف، ولم يدخله فى داره، لم يكن فيه ضرر ترك، وإذا أدخله فى داره، منع عنه؛ لأنه إذا أدخله فى داره، فالبينة على الذى يخاصمه أنه من الطريق.

٩٧٣٣- قال فى رجل له ظلة فى سكة غير نافذة: فليس لأصحاب السكة أن يهدموها إذا لم يعلم كيف كان أمرها، وإن علم أنه بناها على السكة، هدمت، ولو كانت السكة نافذة، هدمت فى الوجهين جميعًا. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان فيه ضرر، أعدمها، وإلا فلا. فالحاصل أن ما كان على طريق العامة إذا لم يعرف حالها، يجعل حديثة، حتى كان للإمام رفعها، وما كان فى سكة غير نافذة، إذا لم يعلم حالها، يجعل قديمة، حتى لا يكون لأحد رفعها.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى: وتأويل هذا فى سكة غير نافذة أن تكون دارًا مشتركة بين قوم أو أرضًا مشتركة بينهم، بنوا فيها مساكن وحجرات، ورفعوا بينهم طريقًا، حتى تكون الطريق ملكًا لهم، فأما إذا كانت السكة فى الأصل أحيطت بأن بنوا دارًا، وتركوا هذا الطريق للمرور فيه، فالجواب فيه كالجواب فى طريق العامة؛ لأن هذا الطريق بقى على ملك العامة. ألا ترى أن لهم أن يدخلوا هذه السكة عند الزحام.

وحكى عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: أنه كان يقول فى حد السكة الخاصة: أن يكون فيها قوم يحصون، أما إذا كان فيها قوم لا يحصون، فهى سكة عامة، والحكم فيها نظير الحكم فى طريق العامة -والله أعلم-.

الفصل الثانى والثلاثون
فى المتفرقات

٩٧٣٤- رجل له امرأة لا تصلى، يطلقها حتى لا تصحب امرأة لا تصلى، فإن لم يكن له ما يعطى مهرها، فالأولى أن يطلقها. قال الإمام أبو حفص الكبير -صاحب محمد ابن الحسن-: إن لقى الله تعالى ومهرها فى عنقه أحب إلى من أن يطأ امرأة لا تصلى.

غمز الأعضاء فى الحمام من غير ضرورة مكروهة، وفى "فتاوى أهل سمرقند": قال الفقيه أبو جعفر: سمعت شيخ الإسلام أبا بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل الرجل إلى الساق، ويكره أن يغمز الفخذ، ويمسه من وراء ثوب أو غيره. قال الفقيه أبو جعفر: ونحن نبيح هذا، ولا بأس به.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: هذا، وكان الشيخ أبو بكر يقول: يغمز الرجل رجل والدته، ولا يغمز فخذ والدته.

٩٧٣٥- من أمسك حراما لأجل غيره، كالخمر ونحوه، إن أمسك لمن يعتقد حرمته كالخمر يمسك للمسلم لا يكره، وإن أمسكه لمن يعتقد إباحته، كما لو أمسك الخمر للكافر يكره.

٩٧٣٦- سئل مالك بن أنس رضى الله تعالى عنه عن قوم أرادوا الخروج على سلطانهم لجوره، هل يحل لهم ذلك؟ فأجاب، وقال: إن كانوا اثنا عشر ألفًا كلمتهم واحدة، وسعهم ذلك، وإن كانوا أقل من اثنى عشر ألفًا، لا يسعهم ذلك، وكان يستدل بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لن يغلب اثنى عشر ألفًا عن قلة كلمتهم واحدة»[1]، ويقول: إن رسول الله ﷺ أخبر ووعد أن اثنى عشر ألفًا لا يغلبون إذا كانت كلمتهم واحدة، ووعد النبى عليه الصلاة والسلام حق، وإذا كانوا لا يغلبون بوعد النبى ﷺ، والخروج على السلطان لدفع جوره لا يكون سعيًا إلى إهلاك أنفسهم، فيسعهم ذلك، وإذا كانوا أقل من اثنى عشر ألفًا، لم يتيقن بغلبتهم، فلو خرجوا، ولم يغلبوا يقصدهم السلطان الجائر بالأذى، فكانوا ساعين فى إهلاك أنفسهم، فلايسعهم ذلك.

---

(١) ذكره المبارك فورى فى "تحفة الأحوذى" ٥/ ١٣٩.

٩٧٣٧- سئل الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالى عن قراءة القرآن أ هو [١] أفضل للمتفقه، أو دراسته للفقه؟ قال: حكى عن الفقيه أبى مطيع أنه قال: النظر فى كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة، فى آخر "النوازل". وعن أبى عاصم رحمه الله تعالى أنه قال: طلب الأحاديث حرفة المفاليس، يعنى به إذا طلب الحديث، ولم يطلب فقهه. وفى "فتاوى أهل سمرقند": يكره الجلوس فى المسجد فى المصيبة ثلاثة أيام، وفى غير المسجد جاءت الرخصة ثلاثة أيام للرجال، وتركه أحسن، و فى "النوازل": لا بأس بأن يتخذ فى المسجد بيت يوضع فيه البوارى لتعامل الناس.

٩٧٣٨- وفى كراهة "واقعات الناطفى": ويكره الوضوء فى المسجد، إلا أن يكون فيه موضعًا اتخذ لذلك، ولا يصلى فيه، وفى القدورى: كره أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى الوضوء فى المسجد، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا بأس به إذا لم يكن عليه قذر.

وفى "النوازل": ثم إذا جاز يصلى فى اليوم مرة واحدة تحية المسجد، ولايصلى أكثر من ذلك؛ لأن فيه حرج.

٩٧٣٩- وإذا تعلق بثياب المصلى بعض ما يلقى فى المسجد من البوارى والحشيش، فأخرجه، فليس له أن يرده إلى المسجد إذا لم يتعمد؛ لأن ما فى المسجد يخرجه خادم المسجد عسى، فإذا وقع خارج المسجد لا تجب عليه الإعادة إلى المسجد.

٩٧٤٠- رجل مات، فأجلس وارثه على قبره رجلا يقرأ القرآن، تكلموا فيه، بعضهم قالوا: يكره، وبعضهم قالوا: لا يكره. والمسألة فى الحقيقة بناء على أن قراءة القرآن فى القبور هل يكره؟ والمختار أنه لا يكره. وهل ينفع الميت؟ تكلموا فيه، والأشبه أنه ينفع، لأن الأخبار وردت بقراءة آية الكرسى وسورة الفاتحة وسورة الإخلاص، وغير ذلك، وحكى عن الفقيه أبى بكر القاضى رحمه الله تعالى: أنه أوصى عند موته بذلك.

وفى "نوادر هشام": قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: رجل اشترى ثوبًا بعشرة دراهم، وأرجح له دانقان، قال: لا نقبله حتى يقول: أنت فى حل، أو هو لك.

٩٧٤١- سئل محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى عن رجل سرق ماء، وأساله إلى أرضه، وكرمه؟ فأجاب أنه يطيب له ماخرج من [نزله][٢].

٩٧٤٢- رجل غصب شعيرًا، أو تينًا، وسمن به دابته، فإنه يجب عليه قيمة ما غصب،

(١) ورد فى نسخة "ظ": هل هو.

(٢) ورد فى نسخة "ف": من منزله.

وما زاد في الدابة يطيب له . ذكر القيمة وقع سهواً، والصحيح أنه عليه مثل ما غصب، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : وقد حكى عن بعض الزاهدين أن الماء وقع في كرمه في غير نوبته، ونحن لا نقول بقطع الكرم؛ لأن فيه إفساد المال، ولكن لو تصدق بنزله كان حسنًا، فأمر بقطع كرمه ، أما لا يجب عليه التصدق في الحكم .

٩٧٤٣- سئل الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى : عن رجل زرع أرض رجل بغير إذنه، فلم يعلم صاحب الأرض، حتى استحصد الزرع، فعلم ، ورضى به، هل يطيب للزارع؟ قال: نعم، قيل له: فإن قال: لا أرضى، ثم قال: رضيت، هل يطيب له؟ قال: يطيب له أيضًا. قال الفقيه أبو الليث: وهذا استحسان، وبه نأخذ.

٩٧٤٤- اختلف العلماء رحمه الله تعالى في كراهية تعليق الجرس على الدواب، فمنهم من قال: بكراهيته في الأسفار كلها، الغزو وغيره في ذلك سواء، وهذا[1] القائل يقول: بكراهية ذلك في الحضر، كما يقول: بكراهيته في السفر، ويقول أيضًا: بكراهية اتخاذ الجلاجل في رجل الصغير.

وقال محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير": إنما يكره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب، وهو المذهب عند علمائنا رحمه الله تعالى؛ لأن [تعليق الجرس على الدواب إنما يكره في دار الحرب؛ لأن][2] العدو يشعر بمكان المسلمين، فإن كان بالمسلمين قلة يتبادرون إليهم، فيقتلونهم، وإن كان بهم كثرة، فالكفاريتحرزون عنهم، ويتحصنون، فعلى هذا قالوا: إذاكان الركب في المفازة في دار الإسلام يخافون من اللصوص، يكره لهم تعليق الجرس [على الدواب أيضًا، حتى لايشعر اللصوص، فلايستعدون لقتلهم وأخذ أموالهم، والذي ذكرنا من الجواب في الجرس][3]، فهو الجواب في الجلاجل.

قال محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير": فأما إذا كان في دار الإسلام فيه منفعة لصاحب الراحلة، فلا بأس به. قال: وفي الجرس منافع جمة، منها إذا ضل واحد من القافلة يلتحق بها بصوت الجرس، ومنها أن صوت الجرس يبعد هوام الليل عن القافلة، كالذئب وغيره، ومنها أن صوت الجرس يريد به نشاط الدواب، فهو نظير الحدو، فإنه جوز؛ لأنه يزيد

(١) ورد في نسخة "م": وهذا القائل يقول بكراهية ذلك في الحضر كما يستأنس، ويتلهى بصوت المزامير، قال محمد رحمه الله في "السير الكبير . . . إلخ.

(٢) أثبتت هذه العبارة من نسخة "ظ" ونسخة "م".

(٣) أثبتت هذه العبارة من نسختي "ظ" و "م".

في نشاط الدواب .

٩٧٤٥- واختلف الناس في ضرب الدف في العرس، قال بعضهم : لا بأس به ؛ لما روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها، أن رسول الله ﷺ قال : «أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»[١] .

وقال محمد ابن سيرين : سمعت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كان إذا سمع صوتا أنكره، سأل عنه، فإن قالوا : عرس أو ختان، أقره .

وقال بعضهم : يكره، لقوله عليه الصلاة والسلام : «كل لهو للمؤمن باطل إلا ثلاث تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله» .

٩٧٤٦- قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : الدف الذي يضرب في زماننا هذا مع السنجات والجلاجلات، ينبغي أن يكون مكروهًا بالاتفاق . وإنما الخلاف في الذي كان يضرب في الزمن المتقدم .

٩٧٤٧- قال محمد رحمه الله تعلى في الجامع الصغير : مسلم باع خمرًا، وأخذ ثمنه، وعلى بائع الخمردين لرجل كره لصاحب الدين أن يقضى دينه من ذلك، وإن كان البائع نصرانيًا فلا بأس به . والوجه في ذلك أن الخمر ليس بمتقوم في حق المسلم، فلم يجز بيعه، ولم يملك ثمنها، لا بالعقد ولا بالقبض، بل بقى الثمن على ملك مشترى الخمر، فإذا أخذ صاحب الدين ذلك، فقد أخذ ملك المشترى بغير إذنه، فلا يجوز . فأما الخمر المتقوم في حق الذمي فجاز بيعه، وملك ثمنها، فلوأخذ صاحب الدين ذلك، فقد أخذ ملك البائع بإذنه، فيجوز .

٩٧٤٨- ولا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع ؛ لأن هذا إعانة لهم على أذى الناس، وقد قال خلف بن أيوب رحمه الله تعالى : لو كنت قاضيًا، لم أقبل شهادة من يتصدق في المسجد الجامع، قال الفقيه أبو بكر بن إسماعيل الزاهد رحمه الله تعالى : هذا ليس يحتاج إلى سبعين فلسًا ليصير كفارة له .

٩٧٤٩- الصبرة إذا أصاب طرفًا منها نجاسة، ولا يعلم ذلك بعينه، فعزل منها قفيزًا أو قفيزين، فغسل ذلك، أو أزال ذلك عن ملكه ببيع أو هبة، يحكم بطهارة ما بقى من الصبرة، لجواز أن المعزول[٢] هو الذي أصابه النجاسة، فلا يتيقن بنجاسة ما بقى، وقد عرفناه مباح

---

(١) مضى تخريج هذا الحديث، وقد أخرجه الترمذي في "سننه" (١٠٨٩)، وابن ماجة في "سننه" (١٨٩٥) : باب إعلال النكاح كما مضى .

(٢) ورد في "ظ" : لزوال أن المنزول هو الذي أصابه النجاسة .

التناول، فلا تثبت الحرمة بالشك.

ولا رواية عن أصحابنا فى هذه المسألة، ومشايخنا رحمهم الله تعالى استخرجوها من مسألة فى "السير"، وصورتها: لو أن رجلا من أهل الذمة دخل حصنا من حصون أهل الحرب، قد حاصره المسلمون، ثم إن المسلمين فتحوا الحصن، وأخذوا بالرجال، وعلموا يقينًا أن الذمى فيهم، إلا أنهم لم يعرفوه بعينه، وكل واحد منهم يدعى أنه الذمى، فإنه لا يحل للمسلمين قتلهم، ولو قتل واحد من أهل الحصن بعد ما مات واحد منهم، فإنه يحل للمسلمين قتلهم؛ لأنه بعد ما دخل فيه الذمى أو مات أو خرج واحد منهم، أو قتل، أو خرج واحد من الحصن، لم يتيقن أن فيهم من هو محرم القتل، لجواز أن محرم القتل من قتل، أو مات، أو خرج، وقد عرفناهم مباح القتل فى الأصل، فلا تثبت الحرمة بالشك.

٩٧٥٠- صبى سمع الأحاديث، وهو لا يفهم، ثم كبر، جاز له أن يروى من المحدث، وإذا قرئ صك على صبى، وهو لا يفهم، ثم كبر، لا يجوز له أن يشهد بما فيه. ألا ترى أن البالغ إذا قرئ عليه صك، وهو لا يفهم ما فيه، لا يجوز له أن يشهد بما فيه، ولو سمع الأحاديث، ولم يفهم[1] معناه جاز له أن يرويه.

تعلم علم الكلام والنظر فيه، ووراء قدر الحاجة منهى، وتعلم علم النجوم قدر ما يعرف القبلة، ومواقيت الصلاة، لا بأس به، وما عدا ذلك، فهو حرام.

٩٧٥١- التمويه فى المناظرة، والحيلة فيها هل يحل إن كان يتكلمه متعلم مسترشد، أو غيره على الإنصاف بلا تعنت، لا يحل، وإن كان يكلمه من يريد التعنت، ويريد أن يطرحه، يحل، بل يحتال كل الحيلة لدفعه عن نفسه؛ لأن دفع المتعنت مدفوع بأى طريق يمكن الدفع.

قال هشام فى "نوادره": رأيت على أبى يوسف رحمه الله تعالى نعلين مخصوفتين بمسامير الحديد، فقلت: أترى بهذا الحديث بأسا؟ فقال: لا، فقلت: إن سفيان، وثور بن يزيد يكرهان ذلك؛ لأنه تشبه بالرهبان، فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: كان رسول الله ﷺ يلبس النعال التى لها شعر، وإنها من لباس الرهبان. فقد أشار إلى أن صورة المشابهة فيما يتعلق به صلاح العباد لا يضر، وقد تعلق بهذا النوع من الأحكام صلاح العباد، فإن من الأراضى ما لايمكن قطع المسافة البعيدة فيها إلا بهذا النوع من الأحكام.

٩٧٥٢- قال فى "الجامع الصغير": وتكره هذه الخرقة التى تحمل، ويمسح بها العرق، وهكذا ذكر فى القدورى، من أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال: الكراهة فى الخرقة التى لها

---

(١) ورد فى نسخة "م": وهو لا يفهم معناه.

قيمة، أما إذا كانت شيئًا لا قيمة له لا يكره؛ لأن إعداد ما له قيمة لإزالة العرق فيه تضييع لماله، ومنهم من قال بالكراهة على كل حال، وإطلاق لفظ الكتاب يدل عليه، وإنما كره؛ لأنها بدعة محدثة، لم يفعلها النبى عليه الصلاة والسلام، ولا الصحابة، ولا التابعون، وإنما كانوا يمسحون العرق بأطراف أرديتهم؛ ولأن فيه ضربًا من التكبر، وتشبه بزى الأعاجم، وكذلك الخرقة التى يمتخط بها مكروهة، والخرقة التى يمسح بها الوضوء محدثة، ومنهم من أطلق فى ذلك، لتوارث المسلمين ذلك.

والحاصل أن من فعل شيئًا من ذلك تكبرًا، فهو مكروه، وبدعة، ومن فعل ذلك لحاجة لا يكره، وهو نظير التربع فى الجلوس والاتّكاء، قد يفعله الرجل نخوة وتكبرًا، فيكره، وقد يفعله الرجل لحاجته، فلا يكره.

٩٧٥٣- وحكى عن الحاكم الإمام رحمه الله تعالى: أنه كان يكره استعمال الكواغذ فى وليمة، ليمسح بها الأصابع، وكان يشدد فيه، ويزجر زجرًا بليغًا. ولا بأس بأن يربط الرجل فى إصبعه أو خاتمه الخيط، للحاجة إلى التذكر، فقد صح أن رسول الله ﷺ أمر بعض أصحابه رضى الله تعالى عنهم بذلك[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ولا ينتفع من الخنزير بجلد، ولا غيره، إلا الشعر للأساكفة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يكره الانتفاع بالشعر أيضًا، وقول أبوحنيفة رضى الله تعالى عنه أظهر؛ لأن حاجة الأساكفة إلى شعرها حاجة ماسة، وغيرها لا يقوم مقامها فى إقامة مصلحة الخرز.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: قد رخص بعض الناس فى أن يبول الرجل قائمًا، وكرهه بعضهم إلا من عذر، وبه نقول.

٩٧٥٤- التضحية بالديك، أو بالدجاجة فى أيام الأضحية ممن لا أضحية عليه لعسرته تشبهًا بالمضحين مكروه، وذكر الشيخ الإمام الزاهد الصفار فى كتاب بنيان التوحيد بالفارسية، وقال: هذا من رسم المجوس.

وروى نصير بن يحيى بإسناد له عن محمد بن الحسن أنه قال: ليس للعالم من بيت المال نصيب؛ لأنه وارث الأنبياء، وقد قال الله تعالى فى حق الأنبياء عليهم الصلاة والسلام: ﴿قُل لا أَسأَلُكُم عَلَيهِ أجرًا إلا الْمَوَدّةَ فِى القُربى﴾[2]، وقال الله تعالى: ﴿إن أجرى إلا عَلَى

---

(١) ورد فى نسخة "ف": بذلك قول أبى يوسف، وفى نسخة "م": قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة عليه.

(٢) سورة الشورى: الآية ٢٣.

الله﴾[١]، قال والغزاة لهم نصيب من بيت المال .

المرأة فى بيت زوجها ، والأمة فى بيت مولاها لا تطعم ، ولا تتصدق بالطعام المدخر ، كالحنطة ودقيقها ، وأما بغير المدخر من الطعام تتصدق على الرسم ، وإن لم يأذن الزوج والمولى بذلك صريحًا، ويكون ذلك بإذن المولى والزوج ، باعتبار العرف والعادة .

الحطب إذا وجد فى نهر جارى ، جاز أخذه والانتفاع به ، وإن كان له قيمة وقت الأخذ .

الأب إذا احتاج إلى مال ولده ، فإن كان فى المصر ، واحتاج لفقره ، أكل بغير شيء وإن كان فى السفر ، واحتاج لعدم الطعام ، لا يفتقره ، بل هو موسر ، أكله بالقيمة ، و حد اليسار هنا أن لا يحل له الصدقة .

٩٧٥٥- قال محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الكسب : ويفترض على الناس إطعام المحتاج فى الوقت الذى يعجز عن الخروج والطلب . وهذه المسألة تشتمل على ثلاثة فصول:

٩٧٥٦- أحدها : أن المحتاج إذا عجز عن الخروج ، يفترض على كل من يعلم حاله أن يطعمه مقدار ما يتقوى به على الخروج ، وأداء العبادات ، إذا كان قادرًا على ذلك ، حتى إذا مات ، ولم يطعمه أحد ممن [يعلم حاله ، اشتركوا جميعًا فى المأثم ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام : «ما آمن بالله من][٢] بات شبعان وجاره إلى جنبه طاوٍ»[٣] . وقال عليه الصلاة والسلام : «أيما رجل بات جائعًا بين قوم أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسول الله»[٤]، وكذلك إذا لم يكن عند من يعلم بحاله ما يعطيه ، ولكنه قادر على أن يخرج إلى الناس ليخبر بحاله ، فيؤاسوه ، يفترض عليه ذلك ، فإن امتنعوا من ذلك حتى مات ، اشتركوا فى المأثم ، ولكنه إذا قام به البعض سقط عن الباقين .

٩٧٥٧- الفصل الثانى : إذا كان المحتاج قادرًا على الخروج ، ولكن لا يقدر على الكسب ، فعليه أن يخرج ، ومن يعلم بحاله ، إن كان عليه شيء من الواجبات ، فليؤده إليه حتمًا ، وإن كان المحتاج يقدر على الكسب ، فعليه أن يكتسب ، ولايحل له أن يسأل .

---

(١) سورة يونس : الآية ٧٢ .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٣) أخرجه ابن عبد البر فى "جامع العلوم والحكم" ١/ ١٣٩ ، وابن قتيبة فى "تأويل مختلف الحديث" ١/ ١٧٢ ، وذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٨/ ١٦٧ .

(٤) أخرجه أحمد فى "مسنده" (٤٨٨٠)، والحاكم فى "مستدركه" (٢١٦٥)، والحارثى فى "مسنده" (٤٢٦)، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" ٤/ ٢٦٢ .

٩٧٥٨- الفصل الثالث : إذا كان المحتاج عاجزا عن الكسب، ولكنه قادر على أن يخرج، ويطوف على الأبواب، فإنه يفترض عليه ذلك، حتى إذا لم يفعل ذلك، وقد هلك كان آثمًا عند الله تعالى، وهذا لأن السؤال فى هذه الحالة يوصله إلى إقامة الفرائض، فيكون مستحقًا عليه، كالكسب فى حق من هو قادر على الكسب.

٩٧٥٩- ثم قال : والمعطى أفضل من الآخذ. وهذه المسألة على ثلاثة أوجه : أحدها : أن يكون المعطى مؤديًا للواجب، والآخذ قادر على الكسب، ولكنه محتاجًا، فههنا المعطى أفضل بالاتفاق؛ لأنه فى الإعطاء مؤدى للفرض، والآخذ فى الأخذ متبرع، فإن له أن لا يأخذ ويكتسب، ولا شك أن درجة الفرض أعلى من درجة التبرع.

والثانى : أن يكون المعطى والآخذ كل واحد متبرعًا، أما المعطى، فظاهر، وأما الآخذ بأن يكون قادراً على الكسب، وفى هذا الوجه المعطى أفضل؛ لأن العبادات مشروعة بطريق الابتلاء، ومعنى الابتلاء فى الإعطاء أظهر؛ لأن الابتلاء فى العمل الذى لا تميل إليه النفس، والنفس تميل إلى الأخذ ما لا تميل إلى الإعطاء.

والثالث : أن يكون المعطى متبرعًا، والآخذ مفترضًا، بأن كان عاجزاً عن الكسب، وفى هذا الوجه المعطى أفضل عند أهل الفقه، وقال أهل الحديث -أحمد ابن حنبل، وإسحاق بن راهويه رحمهما الله تعالى- : الآخذ أفضل ههنا.

وفى "نوادر ابن سماعة" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا كان بالرجل سلعة، وذلك مثل الغدة فى العين وغيره، أو كان به حجر، فأراد استخراجه، ويخاف منه الموت، قال : إن فعل أحد ونجا، فلا بأس بأن يفعل.

٩٧٦٠- لا بأس بالاستخبار عن الأخبار المحدثة فى البلدة، هو المختار، لما فيه من المصلحة.

٩٧٦١- الغنى إذا أكل ما تصدق به على الفقير، إن أباح له الفقير، ففى حال التناول اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وإن ملك الفقير الغنى لا بأس به، بدليل حديث بريرة رضى الله تعالى عنها : «هى لك صدقة ولنا هدية»[1].

ابن السبيل إذا تصدق عليه، ثم وصل إلى ماله، والصدقة قائمة، لا بأس بأن يتناول من تلك الصدقة [وكذلك الفقير إذا تصدق عليه، ثم استغنى، والصدقة قائمة، لا بأس بأن يتناول

---

(١) مضى تخريجه.

من تلك الصدقة](١) .

باع الجيران فى الحضر، أو الرفق فى السفر متاع البيت الذى لا وارث معه ليصرفوه إلى تجهيزه وتكفينه ودفنه، فلهم ذلك، فى وديعة "العيون". وحكى عن نصير بن يحيى رحمه الله تعالى قال: سمعت أبا سليمان الجوزجانى، قال: مات غريب عند محمد بن الحسن، فباع محمد بن الحسن كتبه، قال نصير: قلت لأبى سليمان: أكان محمد يومئذٍ قاضيًا؟ قال: لا.

وحكى أنه مات رفيق لوكيع الجراح فى سفره، فباع وكيع متاعه، وكتبه، وقرأ هذه الآية: ﴿وَاللهُ يَعلَمُ الْمُفسِدَ مِنَ الْمُصلحِ﴾(٢).

وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى أنه قال: فى ميت فى محلة جمع أهل المحلة دراهم، ليشتروا بها كفنًا، فاشتروا له الكفن، وكفنوه، وفضل من الدراهم فضلة، قال: فإن كان ذلك الميت من قرابتهم، أو من جيرانهم، قاموا بتكفينه لحق الصحبة، أو القرابة، فإن ما فضل من المال رد عليهم، فإن لم يعرف مال كل واحد منهم، فهو بينهم جميعًا، وإن لم يقدر عليهم، رد على ورثتهم، وإن لم يقدر على ورثتهم، فأحب إلى أن يصرف إلى ميت فقير من أهل تلك المحلة، فيصرف ذلك إلى كفنه. وإن لم يكن بينهم وبين الميت قرابة، ولا كان من جيرانهم، وإنما هو غريب(٣) نزل به الموت فيهم، أو أخرج، فوضع عندهم ليكفنوه، رأيت أن يصرف ما فضل من الدراهم إلى كفن ميت آخرمحتاج والله أعلم.

٩٧٦٢- التحليف بالطلاق والعتاق، والأيمان المغلظة، ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند": أن بعض المشايخ رحمهم الله تعالى رخصوا فيه، واختيار الصدر الشهيد الكبير حسام الدين أنه يفتى بعدم الجواز، فإن بالغ المستفتى، يكتب فى الفتوى: الرأى فى ذلك للقاضى.

٩٧٦٣- وللرجل أن يدخل الدار التى أجرها، وسلمها إلى المستأجر، لينظر حالها، ويرم ما استرم منها بإذن المستأجر، وبغير إذنه عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يدخل إلا بإذن المستأجر.

٩٧٦٤- فى سرقة "الأصل": لا يجوز حمل تراب ربض المصر؛ لأنه حصن، فكان حق الجماعة، فإن انهدم شىء من الربض، ولا يحتاج إليه، لا بأس بحمله.

٩٧٦٥- فى وقف "فتاوى أبى الليث": الكرع مكروه فى فوائد الفقيه أبى جعفر لأثر

---

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٠.

(٣) وردت فى نسختى "ظ" و"م": وإنما كان غريب.

النبي ﷺ.

٩٧٦٦- سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عن قوم قرأوا قراءة ورد، وكبروا بعد ذلك جهرًا، قال: إن أراد بذلك الشكر، لا بأس به. قال: وإذا كبروا بعد الصلاة على أثر الصلاة، فإنه يكره، وأنه بدعة.

وإذا كبروا فى الرباطات، فإنه لا يكره إذا أرادوا به إظهار القوة، والموضع موضع الخوف، وإذا كبروا فى مساجد الرباطات، ولم يكن الموضع مخوفًا، يكره.

قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى: سمعت شيخى أبا بكر يقول: سئل إبراهيم عن تكبير أيام التشريق على الأسواق والجهر بها، قال: ذلك تكبير الحركة، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه يجوز، قال الفقيه: وأنا لا أمنعهم عن ذلك.

قال عليه الصلاة والسلام: «اذكروا الفاجر بما فيه يحذره الناس»[1]، روى عن محمد بن الحسن: أنه قال فى تأويل هذا الحديث: مراد رسول الله ﷺ أن يكون قصد الذاكر النصيحة حتى لا يتضرر به أحد. وفى هذه الصورة لا إثم على الذاكر، فأما إذا حكى[2] فى صدره قمعه، وهتك ستره، صار غيبة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الغيبة أشد من الزنا».

٩٧٦٧- قال الفقيه أبو نصر رحمه الله تعالى: إذا غرس على شط نهر عام، لا يضر بالمارة[3]، فذلك يباح له، ولمن شاء من المسلمين أن يأخذه يرفع ذلك، وإن جعله وقفًا، صار وقفًا. وأما على مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس له ذلك، وحكى أن محمد ابن سلمة كان قد بنى دكانًا على ماء نهر وارثًا لدامته، فقيل للشيخ أبى نصر: ما تقول به؟ قال: لا أبعده عن الصواب.

٩٧٦٨- وحكى عن أبى نصر رحمه الله تعالى أنه قال: كل شيء جاز للإنسان يملكه، كالطعام والماء الذى يحوزه بكوزه، فإن المضطر يقاتل بما دون السلاح، وأما فى ماء البئر، وما أشبهه يقاتله بالسلاح، وغير السلاح.

٩٧٦٩- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الرجل إذا طيّن جدار داره، وشغل هواء

---

(١) أخرجه ابن عدى فى "الكامل فى ضعفاء الرجال" ٢/ ١٧٣، ذكره ابن الجوزى فى "العلل المتناهية" ٢/ ٧٧٩، والقرطبى فى تفسيره ١٦/ ٣٣٩، والمناوى فى "فيض القدير" ١/ ١١٥.

(٢) ورد فى حاشية نسخة "ظ": حال مكان حكى.

(٣) هكذا ورد نسخ "ظ" و"ف" و"م"، وورد فى الأصل: العامة.

المسلمين، فالقياس أن ينقض ذلك، وفى الاستحسان أن لا ينقض، ويترك على حاله، وروى عن أبى نصر بن محمد المروزى صاحب أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أنه كان إذا أراد أن يطين داره نحو السكة خدشه، ثم طينه، كيلا يأخذ شيئًا من الهواء.

سئل نصر بن يحيى عن الجذاع إذا كان خارجًا من السكة، أو متعلقًا بجدار الشريك، فأراد أن ينقض، أو يقطع؟ قال : إن كانت السكة نافذة، فله أن ينقض، فإذا نقضه لا يؤمر ببناءه، وليس لصاحب الجذع حق القرار. وإن كانت السكة غير نافذة، فإن كان قديمًا، فلصاحبه حق القرار، وليس للشريك حق النقض، وإذا نقض لا يؤمر بالبناء ثانيًا.

غزل الرجل إذا كان على هيئة غزل المرأة يكره.

فى صوم شمس الأئمة الحلوانى : تنحنح المؤذن عند الأذان والإقامة مكروه.

فى "فتاوى أهل سمرقند" : وتكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيته.

فى "فتاوى أهل سمرقند"، وفى هذا الموضع أيضًا : إذا وجد فى المقبرة طريقًا لا بأس بالمشى فيه، إذا لم يقع فى قلبه أنه محدث.

رجل أخذ من رجل شيئًا، وهرب، ودخل داره، فلا بأس للمأخوذ منه أن ينتبه ويدخل داره، ويأخذ؛ لأنه موضع الضرورة.

٩٧٧٠- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : إذا رفع طينًا، أو ترابًا من طريق المسلمين، ففى أيام الأوحال جاز، بل هو أولى، وفى غير أيام الأوحال إن لم يصر كالأرض، فكذلك، وإن كان كالأرض، واحتاج الرافع إلى قلعه لا يسعه ذلك إذا كان فيه مضرة بالمارة.

فى هذا الموضع أيضًا أهل قرية ابتلوا بالدياسة بالحمر، فلا بأس به.

رجل مشى فى الطريق، وكان فى الطريق ماء، فلم يجد مسلكًا إلا أرض إنسان، فلابأس بالمشى فيها؛ لأن فيه ضرورة.

٩٧٧١- وذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" : مسألة المرور فى أرض الغير على التفصيل: إن كان فى الأرض الغير حائط وحائل لا يمر فيها؛ لأن ذلك دليل عدم الرضا من صاحب الأرض بالمرور فيها، وإن لم يكن هناك حائط، فلا بأس بالمرور فيها. والحاصل أن المعتبر فى هذا الباب عادات الناس.

٩٧٧٢- وفى "واقعات الناطفى" : نهر لرجل فى أرض رجل، أراد صاحب النهر أن يدخل الأرض ليعالج نهره، ليس له ذلك؛ لأن الأرض ملك الغير، ولكن ينبغى أن يمشى فى بطن النهر، وإن كان النهر ضيقًا، لا يمكنه المشى فى بطنه، لا يدخل فى الأرض أيضًا؛ لأن

الأرض ملك غيره، فلا يدخل إلا بإذنه . قيل : هذا الجواب على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأنه لاحريم للنهر عنده، أما على قولهما، فللنهر حريم، فله أن يمر على الحريم . وقيل : ما ذكر قول الكل، وتأويل المسألة على قولهما : إن صاحب النهر باع الحريم من صاحب الأرض .

٩٧٧٣- القيلولة المستحبة هى القيلولة بين المنجلين داس الحنطة وداس الشعير .

٩٧٧٤- بساط أو مصلى، كتب عليه فى النسج : "الملك لله" ، يكره بسطه، والقعود عليه، واستعماله، فلو قطع [حرف من الحروف، أو حيط على بعض الحروف حتى لم تبقَ الكلمة متصلة، لا تثبت الكراهة؛ لأنه بقية الحروف][1] . وللحروف المفردة حرمة؛ لأن نظم القرآن وأخبار النبى ﷺ بواسطة هذه الحروف .

وقد روى أن واحداً من الأئمة رضى الله تعالى عنهم رأى الشباب يرمون، وقد كان المكتوب على الهدف : "أبو جهل لعنه الله" فمنعهم عن ذلك، ومضى لوجهه، ثم رجع فوجدهم قدموا اسم الله، وكانوا يرمون كذلك، فقال : إنما نهيتكم لأجل الحروف .

قتل الأعونة والسعاة والظلمة فى أيام الفترة:

أفتى كثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى بإباحته، وقد حكى عن الشيخ الإمام الأجل الزاهد الصفار أن الخصاف أورد فى "أحكام القرآن" من ضرب الضرابيب على الناس حل دمه، وكان السيد الإمام الأجل أبو شجاع السمرقندى يقول : يثاب قاتلهم، وكان يفتى بكفر الأعونة، وكذلك القاضى الإمام عماد الدين السمرقندى كان يفتى بكفرهم، ونحن لا نفتى بكفرهم .

٩٧٧٥- إذا أدخل الرجل ذكره فى فم امرأته يكره؛ لأنه موضع قراءة القرآن، فلا يليق به إدخال الذكر فيه، وقد قيل بخلافه أيضًا .

٩٧٧٦- السلطان إذا قال للخبازين : بيعوا عشرة أمناء من الخبز بدرهم، ومن نقص عن ذلك فعلت فى حقه كذا، فاشترى رجل من الخبازين عشرة أمناء من الخبز بدرهم، ولو لا خوف السلطان لا يبيعه عشرة أمناء بدرهم، لا يحل للمشترى أكله؛ لأن الخباز فى معنى المكره على البيع، فإن أجازه البائع بعد ذلك عن اختيار، حل للمشترى الأكل .

---

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى توجد عندنا .

بيع المكره إذا لحقه الإجازة من البائع يخرج من أن يكون بيع مكره.

٩٧٧٧- فى عارية "الواقعات" : رجل أراد أن يستمد من محبرة غيره، فهذا على ثلاثة أوجه: الأول: أن يستأذنه، وفى هذا الوجه له أن يفعل ذلك، إلا أن ينهاه.

الثانى: أن يعلمه وفى هذا الوجه له ذلك أيضًا، إذ لم ينهه، فهو إذن دلالة.

الثالث: إذا لم يستأذنه، ولم يعلمه، وأنه على وجهين إن كان بينهما انبساط، فله أن يفعل ذلك، لمكان الإذن عرفًا. وإن لم يكن بينهما انبساط، ليس له أن يفعل؛ لأن فى الإذن عرفًا تردد.

٩٧٧٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : طلبة العلم إذا كانوا فى مجلس، ومعهم محابر، فكتب واحد من محبر غيره بغير إذنه صريحًا، لا بأس به؛ لأنه مأذون دلالة؛ لأنه[1] لو استأذنه لايثقل عليه.

٩٧٧٩- وفيه أيضًا: استأجر كتابًا ليقرأه، فوجد فى الكتاب خطأ، إن علم أن صاحب الكتاب يكره إصلاحه، لا ينبغى له أن يصلحه؛ لأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه. وإن علم أنه لا يكره إصلاحه، فإن أصلحه جاز؛ لأنه مأذون دلالة، وإن لم يصلحه فلا إثم عليه؛ لأن الإصلاح ليس بواجب عليه.

٩٧٨٠- رجل فى داره شجرة فرصاد، وقد باع أغصانها، وإذا ارتقاها المشترى اطلع على عورات الجيران، فقد قيل: ينبغى للجيران أن يرفعوا الأمر إلى القاضى، حتى يمنعه عن ذلك، والمختار أن يخبر الجيران المشترى وقت الارتقاء ليستروا أنفسهم، ويفعل ذلك كل يوم مرة أو مرتين؛ لأن هذا جمع بين الحقوق. فإن لم يفعل ذلك، إلا أن يرفع الأمر إلى الحاكم، فإن رأى الحاكم بالمنع منعه.

شوك أو حشيش نبت على القبور، إن كان رطبًا، يكره قلعه، وإن كان يابسًا، لايكره؛ لأنه ما دام رطبًا يسبح، فربما يكون للميت أنس بتسبيحها، ولا كذلك اليابس.

٩٧٨١- ميت دفن فى أرض غيره، فإن شاء رب الأرض أمر بإخراجه، وإن شاء سوى القبر مع الأرض، وزرع عليها، فله أن يستخلص الظاهر والباطن، أو الظاهر وحده.

رجل يعمل أعمال البر، ويقع فى قلبه أنه ليس بمؤمن، إن وقع فى قلبه كه وى مؤمن بسّرا نيست، أو أعماله لا ينفعه؛ لأنه عصى الله، فهو مؤمن صالح، وإن وقع فى قلبه أنه ليس

---

(١) ورد نسخة "ظ" و "ف" و "م" : فإنه.

بمؤمن، ولم يعرف الله ، واستقر قلبه على ذلك، فهو كافر بالله ، وإن خطر هذا بقلبه، ووجد إنكار ذلك من نفسه، فهو مؤمن؛ لأن التحرز عن هذا غير ممكن .

قيل فى الشفقة على الأولاد الشفقة عليهم: إذا أراد الأب أن يأمر له بشىء أن يقول: خوب آيد اى پسرگر فلان كار شود؛ لأنه لو أمره ربما يعارضه الابن، فيصير عاقًا آثمًا .

رجل أتى فاحشة، ثم تاب، وأناب إلى الله تعالى لا ينبغى له أن يخبر الإمام بما صنع لإقامة الحد؛ لأن الستر مندوب .

٩٧٨٢- رجل غصب من أبيه، أو سرق منه شيئًا، ثم مات أبوه، وهو وارثه، فإنه لايؤاخذ بالمال فى الآخرة؛ لأنه انتقل إليه بالإرث، لكنه أثم فى السرقة والغصب، وهذه المسألة دليل على أن من كان له على آخر دين، فطالبه صاحب الدين، وماطل هو مع القدرة، ومات صاحب الدين، فهذا يشير إلى أنه لاحق للمورث فى الدين، وقد نص فى كتاب الغصب بخلافه، وقال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى: لا، بل لصاحب الدين حق الخصومة، ولكن إن أدى المديون الدين إلى الوارث، قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى: لا خصومة لصاحب الدين فى الآخرة مع المديون؛ لأن الخصومة بسبب الدين، وقد انتقل الدين إلى الوارث، والمديون آثم بسبب المماطلة .

رجل له على آخر دين، فطالبه صاحب الدين، وماطل المديون مع القدرة، ومات صاحب الدين، وترك وارثًا، تكلموا فيه .

[قال أكثر المشايخ: لا خصومة لصاحب الدين فى الآخرة مع المديون؛ لأن الخصومة بسبب الدين، وقد انتقل الدين إلى الوارث، فهذا يشير إلى أنه لا حق للمورث فى الدين، وقد نص فى كتاب الغصب بخلافه. وقال بعض المشايخ: لا، بل لصاحب الدين حق الخصومة، ولكن إذا أدى المديون الدين إلى الوارث][1]، أو أبرأه الوارث، يبرأ. وبعض المشايخ رحمهم الله تعالى قال: إن الدين للوارث، وللأول حق الخصومة فى المطل والمنع .

٩٧٨٣- رجل له على آخر دين، وهو لا يقدر على استيفاءه، كان إبراءه أولى من أن يدع الدين عليه؛ لأنه فى الإبراء تخليص له عن عذاب الآخرة، يحصل للمبرى الثواب .

رجل عليه دين، قد نسيه، والابن يعلم بالدين، فعليه أن يؤديه من التركة، وإن نسى الابن أيضًا حتى مات، فالابن لا يؤاخذ به فى الآخرة .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

٩٧٨٤- رجل مات وعليه دين قد نسيه، هل يؤاخذ به في الآخرة؟ إن كان الدين بسبب التجارة، لا يؤاخذ به، وإن كان بسبب الغصب، يؤاخذ به؛ لأنه جانٍ في أصل الغصب، ولا كذلك في التجارة.

رجل ليس له مال، وله عيال، ويحتاج الناس إليه في حفظ الطريق والبدرقة، فإن كان يقدر على أن يعمل هذا العمل، ولا يضيع عياله، فالأفضل أن يشتغل بذلك العمل، وإن لم يمكنه القيام بذلك إلا وأن يضيع عياله، فالقيام بأمر العيال أولى، وإن قام بحفظ الطريق، فأهدى إليه، فإن لم يأخذ، فذلك أولى وأحب، وإن أخذ، فليس بحرام.

٩٧٨٥- الشعير الذي يوجد في بعر الإبل والشاة يغسل، ويوكل، والذي يوجد في أخثاء البقر لا يؤكل، هكذا قيل، ولم يتضح لي الفرق.

٩٧٨٦- حبة من قذر الفارة إذاوقعت[1] في دهن[2]أو حنطة فطحن الحنطة، يؤكل. قال: إلا أن يكون كثيراًفاحشًا بحيث ينفر عنه الطبع، والجواب ظاهر في الحنطة، مشكل في الدهن.

٩٧٨٧- خبز وجد في خلاله سرقين الفارة، قيل: إن كان على صلابته، يرمى ويؤكل الخبز؛ لأنه [لم ينجس][3]، وفيه نظر.

٩٧٨٨- رجل قال: إذا تناول فلان من مالي فهو حلال له، فتناول فلان شيئًا من ماله، فهو حلال له، ولو قال: كل من تناول من مالي، فهو له حلال، فتناول رجل شيئًا، فهو ليس بحلال له، ويضمن بالتناول، هكذا قال محمد بن سلمة. وقال أبو نصر محمد بن سلام: هو له حلال، ولا ضمان عليه بالتناول.

٩٧٨٩- ولو قال لرجل بعينه: جميع ما تأكل من مالي، فقد جعلتك في حل، فتناول شيئًا، فهو حلال بلا خلاف.

ماتت الفأرة في صبغ، فصبغ فيه الثوب، ثم غسل الثوب ثلاثًا، يحكم بطهارته.

---

(١) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخ "ظ" و"ف" و"م": سقطت مكان وقعت.

(٢) ورد في نسخة "ف": في قارورة دهن.

(٣) هكذا في "ف" و"م"، وكان "ظ": لم يسخن، وكان الأصل: بياض.

والرجل إذا كان في بيت، فأخذته الزلزلة، فلا بأس [أن يفر إلى الفضاء][1]، بل يستحب، ألا ترى إلى ما روى: "أن رسول الله ﷺ مرّ بحائط مائل، فأسرع في المشي"[2] - والله سبحانه وتعالى أعلم-.

تم كتاب الكراهية والاستحسان من "المحيط"

---

(١) وفي نسخة "ظ": أن يقر إلى القضاء.

(٢) أخرجه أحمد في "مسنده" (٨٦٥١)، وأبو يعلى في "مسنده" (٦٦١٢)، والبيهقي في "شعب الإيمان" (١٣٥٩)، وأبو داود في "المراسيل" (٤٧٦)، والشيباني في "الديات" ١/ ٦٤، وابن عدي في "الكامل في الضعفاء" ١/ ٢٣١.

كتاب التحـرى

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : فى مسائل الصلاة .

الفصل الثانى : فى مسائل الزكاة .

الفصل الثالث : فى التحرى فى الثياب والمساليخ والأوانى والموتى .

الفصل الأول
فى مسائل الصلاة

٩٧٩٠- يجب أن يعلم بأن معرفة جهة الكعبة إما بدليل يدل عليها، أو بالتحرى عند انعدام الأدلة، فمن الدلائل المحاريب المنصوبة فى كل موضع؛ لأن ذلك باتفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم، ومن بعدهم، فإن الصحابة فتحوا العراق، وجعلوا القبلة ما بين المغرب والمشرق، ثم فتحوا خراسان، وجعلوا القبلة ما بين المغربين، مغرب الشتاء ومغرب الصيف [وكانوا يصلون إليها](١)، ولما ماتوا جعلوا قبورهم إليها أيضًا من غير نكير منكر(٢)، وكفى بإجماعهم حجة.

ومن الدليل السؤال فى كل موضع من أهل ذلك الموضع؛ لأن أهل كل موضع أعرف بقبلتهم من غيرهم عادة. ومن الدليل النجوم أيضًا على ما حكى عن عبد بن المبارك، أنه قال: أن أهل الكوفة يجعلون الجدى خلف القفا فى استقبال القبلة، ونحن نجعل الجدى خلف الأذن اليمنى. وكان الشيخ الإمام الزاهد رئيس أهل السنة إمام الهدى أبو منصور الماتريدى يقول: السبيل فى معرفة جهة القبلة أن ينظر إلى مغرب الشمس فى أطول أيام السنة، فيعينه، ثم ينظر إلى مغرب الشمس فى أقصر أيام السنة، فيعينه، ثم يدع الثلثين على يمينه، والثلث على يساره، فيكون مستقبلا لجهة القبلة إذا وجه ذلك الموضع. وعند انقطاع هذه الأدلة، فإصابة جهة الكعبة بالتحرى.

وجملة هذا الفصل على أربعة أوجه: أحدها: إذا صلى إلى جهة من غير شك، ولم يخطر بباله وقت التكبير أن هذه الجهة قبلة أو ليست بقبلة، وفى هذا الوجه إن علم أنه أصاب، أو كان أكبر رأيه ذلك يجزئه؛ لأنه لو لم يعلم أنه أصاب أو لم يصب تحريه؛ لأن الجواز أصل فيما يفعله المسلم العاقل، فلأن يجزئه إذا علم أنه أصاب، أو كان أكبر رأيه ذلك، أولى.

وإن علم أنه أخطأ القبلة، لا يجزئه؛ لأن الجواز فى الوجه الأول بنوع ظاهر من حيث إن الجواز أصل فيما يفعله العاقل المسلم، وهذا نوع ظاهر، والثابت بالدليل فوق الثابت بالظاهر،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ورد فى نسخة "م": من غير نكير منكر منهم.

وكذلك إذا كان أكثر الرأى أقيم مقام العلم فى حق العمل . وهذا كله إذا علم أنه أصاب ، أو أخطأ بعد الفراغ من الصلاة .

٩٧٩١- فأما إذا علم فى خلال الصلاة أنه أصاب القبلة ، أو كان أكثر رأيه ، قد ذكر شيخ الإسلام فى شرحه : أنه لا يجوز ، ويلزمه الاستقبال ، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرحه أن فيه اختلاف المشايخ . كان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يقول : لا يجزئه ، ويلزمه الاستقبال ؛ لأن ما ظهر من الحال فى الانتهاء فوق الحال الماضية ؛ لأن التوجه إلى القبلة فى الحالة الماضية كان ثابتًا بظاهر ، وبعد ما علم أنه أصاب ، أو كان أكثر رأيه ذلك ، فالتوجه إلى القبلة ثابت بالدليل ، ولا شك أن الثابت بالدليل فوق الثابت باستصحاب الحال ، فأما إذا كان ما ظهر من الحال فى الانتهاء فوق الحال الأول لم يمكنه بناء الباقى على ما مضى ؛ لأن الأقوى لا يجوز أن يبنى على الأضعف . ألا ترى أن المومئ إذا قدر على الركوع والسجود فى خلال الصلاة ، والأمى إذا صار قارئًا ، لا ينبئ .

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر بن حامد رحمه الله تعالى يقول : يجزئه ، ولا يلزم الاستقبال ؛ لأن صلاته كانت صحيحة فى الابتداء لانعدام دليل المفسد ، فالشىء لا يزداد القوة حكمًا ، بخلاف ما بعد الشك ؛ لأن هناك صلاته ليست بصحيحة إلا بالتيقن بالإصابة ، فإذا تيقن أنه أصاب ، فقد تقوى حاله حكمًا ، ولزمه الاستقبال ، أما ههنا بخلافه .

الوجه الثانى : إذا اشتبهت عليه القبلة ، فلم يتحر ، وصلى إلى جهته ، إن علم أنه أخطأ ، أو كان أكثر رأيه أنه أخطأ ، أو أصاب ، لا يجزئه . وإن علم أنه أصاب ، يجزئه .

هذا كله قبل الفراغ من الصلاة ، أما إذا لم يعلم أنه أخطأ ، أو أصاب ، إنما لا يجزئه ؛ لأن التحرى افترض عليه حال الاشتباه شرطًا لجواز الصلاة ، فإذا ترك التحرى ، فقد ترك شرطًا من شرائط جواز الصلاة ، فلا يجزئه ، كما لو ترك شرطًا آخر ، فإذا ظهر الكلام فيما إذا لم يعلم أنه أخطأ ، أو أصاب ، ظهر الكلام فيما إذا علم أنه أخطأ ، أو أكبر رأيه ذلك من طريق الأولى .

فرق بين هذا وبين المسألة الأولى ، فإن فى المسألة الأولى إذا لم يعلم أنه أصاب ، أو لم يصب ، فإنه يجزئه ، ووجه الفرق أن فى المسألة الأولى لم يصر تاركًا شرطًا من شرائط جواز الصلاة ؛ لأن التحرى إنما يجب حال الاشتباه ، ولم يشتبه عليه أمر القبلة[1] فى المسألة الأولى ، أما ههنا فقد اشتبه عليه أمر التحرى ، فإن التحرى شرط لجواز الصلاة ، فإن ترك ذلك ، فقد ترك شرطًا من شرائط جواز الصلاة .

---

(١) ورد فى نسخة "ظ" : حال القبلة مكان : أمر القبلة .

٩٧٩٢- فإن قيل : لو صار تاركًا شرطًا من شرائط جواز صلواته لكان لا يجزئه، وإن علم أنه أصاب، كما لو تحرى، ووقع تحريه على جهة، فترك تلك الجهة، وصلى إلى جهة أخرى؟ والجواب : أن التحرى ما افترض لعينه، وإنما افترض لغيره، وهو إصابة القبلة؛ لأن التحرى طلب، والمقصود من الطلب المطلوب، لا عين الطلب[1]، فإذا علم أنه أصاب القبلة، فتبين أن التحرى لم يكن فرضًا عليه؛ لأن ما افترض لغيره لا يبقى فرضًا متى حصل المقصود بدونه، بخلاف ما لو تحرى، ووقع تحريه على جهة، فتوجه إلى جهة أخرى؛ لأن هناك ترك فرضًا لعينه؛ لأن التوجه إلى الجهة التى وقع تحريه عليها، افترض لعينه؛ لأن هذه الجهة صارت قبلة له بنص الكتاب، كالكعبة حالة العيان، والتوجه إلى الكعبة حال العيان فرض لعينه، فكذا التوجه إلى الجهة التى أدى تحريه[2]، ومن ترك من صلاته ما هو فرض لعينه، لا يجزئه صلاته، وإن أتى بشىء آخر، كما لو ترك ركوعًا، وأتى بثلاث سجدات.

٩٧٩٣- فأما إذا كان أكثر رأيه أنه أصاب، وكان ذلك بعد الفراغ من الصلاة، هل يجزئه؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا فى "الأصل"، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا : يجزئه؛ لأن أكثر الرأى أقيم مقام العلم، ولو علم أنه أصاب يجزئه، فكذلك ههنا.

الدليل عليه أن محمدًا رحمه الله تعالى سوى بين العلم وأكبر الرأى قبل الفراغ من الصلاة، فقال : لو كان أكثر رأيه أنه صلى إلى القبلة قبل الفراغ من الصلاة، يلزمه الاستقبال، كما لو علم أنه صلى إلى القبلة.

ومنهم من قال : لا يجزئه؛ لأن التحرى لزمه بيقين، فلا يسقط إلا بيقين مثله، وغالب الرأى لا يوجب علم اليقين، فلا يسقط به فرض التحرى. وهذا بخلاف ما لو كان أكثر رأيه فى الصلاة أنه أصاب، فإنه يلزمه الاستقبال [كما لو علم تيقنًا؛ لأن أكثر الرأى فى الصلاة إما أن يلحق بالعلم، أو بالجهل، وبأى ذلك ما ألحقنا يلزمه الاستقبال][3] إن ألحقناه بالعلم، فلأن الحالة الثانية أقوى من الحالة الماضية، فلا يمكنه البناء على الماضى. وإن ألحقناه بالجهل، فلفساد الشروع، فأما بعد الفراغ، فالتحرى كان فرضًا عليه بيقين، فلا يسقط عنه إلا بيقين مثله.

---

(١) هكذا ورد فى النسخ التى عندنا كلها، وورد فى الأصل : الطالب مكان : الطلب.

(٢) ورد فى نسخة "م" : يجزئه.

(٣) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا.

٩٧٩٤- الوجه الثالث : إذا شك وتحرى، وصلى إلى الجهة التى وقع التحرى عليها، وفى هذا الوجه تجزئه صلاته، وإن علم أنه أخطأ القبلة، وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه : لا تجزئه صلاته إذا علم أنه أخطأ القبلة . وجه قوله : إنه أدى حكمًا عن اجتهاد، وقد ظهر خطأه بيقين، فيلزمه الإعادة، كما لو توضأ بماء على ظنه أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس، أو صلى فى ثوب على ظن أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس .

وجه قول علماءنا رحمهم الله تعالى حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة رضى الله تعالى عنه، وأنه معروف .

وأما مسألة الثوب والماء، قلنا : القياس فى القبلة أن لا يجوز، كما فى الماء والثوب، إلا أنا تركنا القياس فى القبلة بالنص، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد فى القبلة لا يكون واردًا فى الماء والثوب دلالة؛ لأن الصلاة إلى غير القبلة أخف من الصلاة بغير وضوء، وفى ثوب نجس؛ لأن التطوع إلى غير القبلة يجوز بالعذر الذى لا يجوز بمثل ذلك العذر الصلاة بغير وضوء، ولا فى ثوب نجس، فإنه بعذر السفر فيما دون ذلك، يجزئه التطوع إلى غير القبلة، ولا يجزئه بغير طهارة، ولا فى ثوب نجس، وإذا كان أخف، فالنص الوارد فى القبلة، بخلاف القياس لا يكون واردًا فيهما دلالة، فرد فصل الماء والثوب إلى ما يقتضيه القياس، والقياس ما قاله .

وهذا إذا كان بعد الفراغ من الصلاة، فأما قبل الفراغ من الصلاة إذا علم أنه أصاب القبلة، فإنه يمضى فى صلاته ولا يستقبل، لأن الحالة الثانية مثل الحالة الأولى؛ ولأن الجهة التى وقع عليها التحرى صارت قبلة بالنص كالكعبة، وإذا كانت الحالة الثانية مثل الحالة الأولى، لا فوقها أمكنه البناء على الحالة الأولى . إن أهل قبا كانوا يصلون إلى بيت المقدس، فلما تحولت القبلة إلى الكعبة تحولوا إليها وهم فى الصلاة، وجازت صلاتهم .

٩٧٩٥- الوجه الرابع : إذا شك وتحرى، وأعرض عن الجهة التى وقع تحريه عليها، وصلى إلى جهة أخرى، لا يجزئ فى ظاهر رواية أصحابنا، وروى أبو سليمان الجوزجانى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنه يجوز، وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا . وجه رواية أبى سليمان : أن التوجه إلى الجهة التى وقع تحريه عليها لم يفرض بعينه، بل لرجاء أنها كعبة حقيقة، فإذا أصاب الكعبة بجهة أخرى، فقد حصل ما هو المقصود من التوجه إلى الجهة التى وقع تحريه عليها، فسقطت فرضية التوجه إليها .

وممايلحق بهذا الفصل:

٩٧٩٦- إذا صلى إلى الجهة التى وقع تحريه عليها ركعة أو ركعتين، ثم علم أنه أخطأ، فعليه أن يتحول إلى جهة الكعبة، ويبنى على صلاته.

٩٧٩٧- وإذا وقع تحريه إلى جهة، فصلى إليها ركعة، ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى، يتحول إلى الجهة الثانية، وكذا الثالثة والرابعة. والأصل فيه حديث أهل قبا على ما روينا.

واختلف المتأخرون فيما إذا صلى إلى جهة بالتحرى، ثم وقع تحريه على جهة أخرى، وصلى إليها ركعة، ثم وقع تحريه على الجهة الأولى، فمنهم من قال: يستقبل تلك الجهة أيضًا، ومنهم من قال: يلزمهم الاستقبال.

٩٧٩٨- رجل أم قومًا فى ليلة مظلمة، فتحرى إلى القبلة، فصلى إلى المشرق، وتحرى من خلفه، وصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى دبر القبلة، وكلهم خلف الإمام، لا يعلمون ما صنع الإمام، أجزأهم، وهذا إذا كان عند كل واحد منهم أن وجه الإمام إلى هذا الجانب الذى وجه، ولم يتقدم على الإمام. أما إذا كان عند واحد منهم أن وجه الإمام إلى جانب آخر، وهو تقدم على إمامه، لاتجوز صلاته، وأما إذا كان عنده أنه تقدم على إمامه، فظاهر، وأما إذا كان عنده أن وجه إمامه إلى جانب آخر، فلأنه زعم فساد صلاة إمامه لما أنه يزعم أنه ترك القبلة، وهذا بخلاف ما لو صلى فى جوف الكعبة، فإنه يجوز صلاة الكل من كان وجهه إلى الجانب الذى إمامه إليه، ومن كان وجهه إلى جانب آخر؛ لأن هناك أحد لم يزعم أنه ترك القبلة، وفساد صلاة الإمام؛ لأن كل جهة حق بيقين، أما ههنا فالجهات كلها ليست بحق بيقين، بل الحق جهة واحدة، ولهذا أمر بالتحرى، ولو كانت كل جهة حقّا؛ لما أحتيج إلى التحرى، إنما الحق عند كل مجتهد ما أدى إليه اجتهاده، وأما عند صاحبه خطأ، وكثير من مسائل التحرى ذكرناها فى أول كتاب الاستحسان، فلا نعيده.

وممايتصل بهذا الفصل معرفة مكان التحرى:

٩٧٩٩- ذكر فى باب صلاة المريض من الأصل مسألة تدل على أن التحرى فى باب القبلة، كما يجوز خارج المصر يجوز فى المصر، وصورتها: قوم مرضى فى بيت بالليل أمهم أحدهم وصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى غير القبلة، وهم يظنون أنهم أصابوا، يعنى تحروا فصلاتهم جائزة؛ لأنه يجوز ذلك من الأصحاء حالة الاشتباه، فمن المرضى أولى. وجه الاستدلال بها أن محمدًا رحمه الله تعالى حكم بجواز صلاتهم من غير فصل بينهما، إذا كان

البيت فى المصر، أو خارج المصر، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن الرجل إذا كان ضعيفًا، وكان ليلا، ولم يجد أحدًا يسأل، فأراد أن يصلى تطوعًا، جاز له التحرى.

٩٨٠٠- وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرحه مسألة الضيف، فقال: إذا كان الرجل ضيفًا فى بيت إنسان، فنام القوم، فأراد الضيف أن يتهجد بالليل، وكره أن يوقظهم ذكر أن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: لا يجوز له التحرى، وبعضهم قالوا: إن كان يريد إقامة المكتوبة لا يجوز له التحرى، وإن كان يريد تهجد الليل يجوز له التحرى، قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى عن مشايخنا: إن الصحيح أن لا يجوز له التحرى فى المصر؛ لأنه يتوصل إلى إصابة الجهة بالسؤال، أو يجد من يسأله غالبًا، والحكم يبنى على الغالب. قالوا: وما ذكرنا فى باب صلاة المريض محمول على البيت الذى يكون فى الرباط، ولا يكون ثمه ساكنون، والمرضى مسافرون. وفى كتاب التحرى رجل دخل مسجدًا لا محراب فيه، وقبلته مشكلة، وفيه قوم من أهله، فتحرى هذا الرجل القبلة، وصلى ثم تبين أنه أخطأ، فعليه أن يعيد الصلاة، وإن علم أنه أصاب جازت صلاته؛ لأن السؤال من أهله ماافترض لعينه، بل لإصابة الكعبة، فإذا أصاب، فقد حصل المقصود.

٩٨٠١- قال فى كتاب التحرى عقيب هذه المسألة: وهو نظير من أتى خيام الأحياء، ولم يجد ماء، فتيمم، وصلى، ثم وجد الماء، فإن كان فى الحى قوم من أهله، ولم يسألهم لايجزئه التيمم، وإن كان فى الحى قوم من غير أهله، فلم يسألهم، أو سألهم، فلم يخبرهم، أو لم يكن بحضرته من يسأله جازت صلاته.

٩٨٠٢- وذكر القدورى فى شرحه عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن بان له الخطأ بمكة، بأن كان ثمه محبوسًا فى بيت، فاشتبهت عليه القبلة، فتحرى، ولم يكن عنده من يسأله، أنه لاإعادة عليه، قال ثمه: وهو الأقيس؛ لأنه إذا كان محبوسًا فى بيت، وانقطع عنه سائر الأدلة، تعين عليه التحرى، فقد أتى بما أمر به، فيجوز، قال: ثمه.

وقال أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى: عليه الإعادة؛ لأنه تيقن بالخطأ بمكة مقطوع بها، قال: ثمه. وكذلك لو كان بالمدينة؛ لأن القبلة بالمدينة مقطوع بها، نصبها رسول الله ﷺ بالوحى، بخلاف سائر البقاع.

الفصل الثانى
فى مسائل الزكاة

٩٨٠٣- وإذا دفع الرجل زكاة ماله إلى رجل [ولم يخطر بباله عند الدفع أنه غنى، أو فقير جاز، إلا إذا علم أنه غنى، و إن دفع إلى رجل][1] ظن أنه فقير من غير أن يستدل على كونه فقيرًا ما، وجعل أمارة على الفقر، فالجواب فيه كالجواب فى الفصل الأول، ومعنى المسألة أنه لم يشك فى أمر المدفوع، بل كما رأه وقع فى قلبه أنه فقير.

فإن اشتبه عليه حال المدفوع إليه، فدفع إليه بعد ما تحرى، و وقع فى أكثر رأيه أنه فقير، وأخبره المدفوع إليه، أو أخبره عدل آخر أنه فقير، ورأه فى زى الفقراء، ورأه جالس فى صف الفقراء، ورأه يسأل الناس، ووقع فى قلبه أنه فقير، وفى هذه الوجوه كلها إن علم أنه فقير، أو أكثر رأيه أنه فقير، أو لم يعلم شىء، أو علم أنه غنى، أو كان أكثر رأيه أنه غنى، جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى الجواب كذلك، إلا فى وجه واحد، وهو ما إذا علم أنه غنى، فإنه فى هذه الصورة لا يجزئه عن زكاة ماله عند أبى يوسف رحمه الله تعالى.

قال شيخ الإسلام: وله أن يسترد ما دفع إليه، وهذا خلاف الرواية، فالرواية منصوصة عن أبى يوسف أنه لا يملك الاسترداد.

ثم إن بعض مشايخنا ذكروا أن محمد رحمه الله تعالى جمع بين فصول خمسة، بينما إذا أخبره المدفوع إليه، أو عدل آخر أنه فقير، أو رآه فى زى الفقراء، أو جالسًا فى صف الفقراء، أو رآه يسأل الناس، و وقع فى قلبه أنه فقير، ذكر هذا الشرط، وهو الوقوع فى قلبه أنه فقير فيما إذا رآه يسأل الناس، ولم يذكره فى الفصول الأخر هذا الشرط، وأنه شرط فى الفصول الأخر أيضًا، وهذا لأنه إذا وقع فى قلبه صدقه كان بمنزلة التحرى.

ثم على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى إذا ظهر أن المدفوع إليه غنى، وجازت الصدقة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى هل يحل للقابض؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يطيب، وقال بعضهم: يطيب، وقال بعضهم: يرده إلى المدعى عليه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وجه التمليك .

٩٨٠٤- ثم المعطى هل يثاب على ذلك؟ قال بعضهم : يثاب ثواب المجاملة مع الناس والبر بهم ، ولا يثاب ثواب الصدقة .

٩٨٠٥- واستشهد فى الكتاب حجة لأبى يوسف رحمه الله تعالى فى المسألة المختلف فيها ، قال : وهو بمنزلة رجل توضأ بماء ، وصلى ، ثم تبين أنه كان غير طاهر ، أو ذكر أن هذا يجزئه ما لم يعلم ، فإذا علم ، أعاده .

٩٨٠٦- قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : تحت هذه اللفظة فائدة عظيمة ، فإنه جعل تلك الصلوات مجزئة ما لم يعلم فاسدة فى الحقيقة ، قال محمد رحمه الله تعالى : وكذلك كل صلاة وقعت فاسدة ، وهو يظن أنها وقعت جائزة ، فمات قبل العلم ، لم يعاقب . والعبرة لما عنده ، لا لما عند الله تعالى . قال : وهو نظير ما روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيمن اشترى أمة ، ووطئها مراراً ، ثم استحقت ، إن وطئها ، حلال له ، ولا يسقط إحصانه ؛ لأنه وطئها وعنده أنها ملكه ، فاعتبر ما عنده . وعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : الوطء حرام ، إلا أنه لا إثم عليه .

٩٨٠٧- وإذا شك فى حال المدفوع إليه ، فدفع إليه من غير تحرى ، إن ظهر أنه غنى ، أو وقع فى أكثر رأيه أنه غنى ، أو لم يعلم بشىء ، لا يجوز . وإن ظهر أنه فقير ، يجوز . وإن وقع فى أكثر رأيه بعد ذلك أنه فقير ، واختلفت المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، أكثرهم على أنه لايجوز .

٩٨٠٨- وأما إذا اشتبه عليه حالة المدفوع إليه ، وتحرى ، ووقع فى أكبر رأيه أنه غنى ، ودفع إليه مع ذلك ، فلا يجزئه ما لم يعلم فقره .

وإذا علم أنه فقير اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه على ثلاثة أقاويل : بعضهم قالوا : يجوز إجماعًا ، وبعضهم قالوا : لا يجوز إجماعًا ، وبعضهم قالوا : عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : لا يجوز ، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى : يجوز ، على عكس ما ذكرنا من الاختلاف فيها بين أبى حنيفة ومحمد ، وبين أبى يوسف رحمه الله تعالى .

٩٨٠٩- لو ظهر أن المدفوع إليه أب الدافع ، أو ابنه ، كان على الخلاف فى ظاهر الرواية ، وذكر أبو شجاع عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أنه لا يجوز .

٩٨١٠- ولو ظهر أن المدفوع إليه هاشمى ، كان على الخلاف فى ظاهر الرواية .

٩٨١١ - [وإن ظهر أن المدفوع إليه ذمى، كان على هذا الخلاف فى ظاهر الرواية][1]، وذكر أبو يوسف فى الأمالى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أنه لا يجزئه.

٩٨١٢- وإن ظهر أنه حربى غير مستأمن، ذكر فى نوادر الزكاة أنه على هذا الاختلاف، وذكر فى جامع البرامكة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يجزئه، وإن ظهر أنه حربى غير مستأمن، لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه باتفاق الروايات.

٩٨١٣- وإن ظهر أنه عبده، لا يجوز إجماعًا، وإن ظهر أنه مكاتبه، فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان -والله أعلم بالصواب-.

(١) هذه العبارة أثبتت من نسخة "ظ".

الفصل الثالث
فى التحرى فى الثياب، والمساليخ، والأوانى والموتى

٩٨١٤- إذا كان مع الرجل ثوبّان، أو ثياب، والبعض نجس، والبعض طاهر، فإن أمكن التميز بالعلامة تميز، وإن تعذر التميز بالعلامة إن كانت الحالة حالة الاضطرار، بأن لا يجد ثوبًا طاهرًا بيقين، فاحتاج إلى الصلاة، وليس معه ما يغسل به أحد الثوبين، أو أحد الأثواب، يتحرى.

وإن كانت الحالة حالة الاختيار، إن كانت الغلبة للطاهر يتحرى، وإن كانت الغلبة للنجس، أو كان على السواء لا يتحرى.

ثم فى حالة الاضطرار إذا وقع تحريه فى الثوبين على أحدهما أنه طاهر، فصلى فيه الظهر، ثم وقع أكثر رأيه على الآخر أنه هو الطاهر، فصلى فيه العصر، لم يجزه العصر. فإن لم يحضره تحريه، أو لم يعلم أن فى أحدهما نجاسة، حتى صلى فى أحدهما الظهر، وفى الآخر العصر، ثم نظر، فإذا فى أحدهما قذر، ولم يدرِ أهو الأول أو الآخر؟ فصلاة الظهر جائزة، وصلاة العصر فاسدة.

٩٨١٥- وفى "النوازل": إذا كان أحد الثوبين نجسًا، فصلى فى أحدهما الظهر من غير تحرى، وصلى فى الآخر العصر، ثم وقع تحريه على أن الأول طاهر، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: هذا لم يصل شيئًا، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: صلاة الظهر جائزة.

٩٨١٦- وأما الثوب الواحد إذا أصاب طرفًا منه نجاسة مانعة جواز الصلاة، وهى غير مرئية، هل يجوز أن يتحرى طرفًا منه، فيغسله، بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى جوزوا ذلك، وبعضهم قالوا: إذا غسل طرفًا منه من غير تحرى، وصلى، لا يحكم بفساد صلاته. وما قاله المشايخ خلاف ما ذكره هشام فى "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى، فقد ذكر ثمه أنه لا يجوز التحرى فى ثوب واحد، قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله تعالى: ونظير هذه المسألة مسألة أخرى لا يحفظ جوابها، أن الحنطة التى تداس بالحمر، فتبول، وتروث، وتصيب بعض الحنطة، ويختلط ما أصيب منها بغيرها، فلو عزل بعضها، وغسل، ثم خلط الكل، أبيح تناولها، وكذلك لو عزل بعضها، ووهبه من إنسان، أو باعه منه، أو تصدق به عليه، حل تناول البقية، ويباح للموهوب له، والمشترى، والمتصدق عليه

تناولها أيضًا .

٩٨١٧- ونظير هذه المسألة فى "النوادر" : رجلان فى السفر ، ومعهما ثوبان ، أحدهما طاهر ، والآخر نجس ، فصلى أحدهما فى ثوب بالتحرى ، وصلى الآخر فى ثوب آخر بالتحرى ، يجوز صلاة كل واحد منهما .

ولو أم أحدهما ، واقتدى به الآخر ، فصلاة الإمام جائزة دون صلاة المقتدى .

ونظير هذه المسألة مسألة أخرى : رجلان تلاعبا ، فسال من أحدهما قطرة من دم ، وجحد كل واحد منهما أن ذلك منه ، فصلى كل واحد منفردًا ، جازت صلاته ، ولو اقتدى أحدهما بالآخر ، لا يجوز صلاة المقتدى .

٩٨١٨- ومن هذا الجنس مسألة أخرى : ثلاثة تلاعبوا ، فسال من أحدهم قطرة من دم ، أو فسا أحدهم ، أو ضرط ، ثم جحدوا جميعًا ، ثم أم أحدهم فى الظهر ، والثانى فى العصر ، والثالث فى المغرب ، فصلاة الظهر جائزة للكل ، ولا تجوز صلاة العصر لإمام المغرب ، ولاتجوز صلاة المغرب لإمام الظهر والعصر رواية واحدة ، وفى إمام المغرب روايتان، قال أبو القاسم الصفار : تجوز الصلوات كلها .

٩٨١٩- إذا كان فى السفر ، ومعه أوانى بعضها نجسة ، وبعضها طاهرة ، إن كانت الغلبة للطاهرة ، يجوز التحرى حالة الاختيار ، وحالة الاضطرار للشرب ، والوضوء جميعًا . وإن كانت الغلبة للنجسة ، أو كانتا سواء ، إن كانت الحالة حالة الاختيار ، لا يتحرى ، لا للشرب ، ولا للوضوء ، وإن كانت حالة الاضطرار لايتحرى للشرب بالإجماع ، ولايتحرى للوضوء عندنا ، ولكنه يتيمم ، فإن توضأ بالماء ، إن مسح موضعًا واحدًا فى المرتين ، لا يجزئه ، وإن مسح فى موضعين يجزئه .

وههنا مسألة أخرى لا ذكر لها فى "المبسوط" : إن اختلط إناءه بأوانى أصحابه فى السفر ، وهم غيب ، قال بعضهم : يتحرى ، ويأخذ آنيته ، ويتوضأ به ، بمنزلة طعام مشترك بين جماعة غاب أصحابه ، واحتاج [الحاضر إلى نصيبه ، رفع قدر نصيبه ، وكذا رغيفه إذا اختلط بأرغفة صاحبه ، قال بعضهم : يتحرى][1] ، وقال بعضهم : لا يتحرى فى الأوانى والأرغفة ، ولكن يتربص حتى يجيء أصحابه . وهذا كله فى حالة الاختيار ، فأما فى حالة الاضطرار ، فجاز التحرى فى الأحوال كلها .

٩٨٢٠- إذا كان للرجل مساليخ ، بعضها ذبيحة ، وبعضها ميتة ، إن أمكن التحرز

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

بالعلامة يخبر فى الوجوه كلها، ويباح التناول. وإن تعذر التمييز بالعلامة، فإن كانت الحالة حالة الاضطرار، ويعنى به أن لا يجد ذكية بيقين، واضطر إلى الأكل، يتناول بالتحرى على كل حال. وإن كانت الحالة حالة الاختيار، فإن كانت الغلبة للحرام، أو كانوا سواء، لم يجز التناول بالتحرى. وإن كانت الغلبة للحلال يجوز التناول بالتحرى.

٩٨٢١- والزيت إذا اختلط به ودك الميتة، إن كان الغلبة للحرام، أو كانا على السواء، لايجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه، وإن كانت الغلبة للزيت، لا يحل الأكل، ويحل ما عدا ذلك من الاستصباح، ودبغ الجلد، والبيع بشرط أن لايشترط عليه.

٩٨٢٢- إذا اجتمع موتى المسلمين وموتى الكفار، فإن أمكن التميز بالعلامة [تميز، وإن كان تعذر التميز بالعلامة][1]، فإن كانت الغلبة للمسلمين، يغسلون، ويكفنون، ويدفنون فى مقابر المسلمين، ويصلى عليهم، وينوى بالصلاة الدعاء للمسلمين. وإن كانت الغلبة للكفار، لم يصل عليهم، ويغسلون، ويكفنون، ويدفنون فى مقابر المشركين. وإن كانوا سواء، فكذلك الجواب، لا يصلى عليهم، ويدفنون فى مقابر المشركين. قيل: عند أبى يوسف: يدفنون فى مقابر المسلمين، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: يتخذ لهم مقبرة على حدة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كتاب اللقيط

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول :

الفصل الأول : فى بيان حاله ، وصفته ، وما يستحب فيه ، أو يفترض .
الفصل الثانى : فى بيان أحكامه . الفصل الثالث : فى بيان من يلى عليه .
الفصل الرابع : فى دعوى نسب اللقيط .
الفصل الخامس : فى تصرفات اللقيط بعد البلوغ .

الفصل الأول
في بيان حاله، وصفته، وما يستحب فيه، أو يفترض

٩٨٢٣- المذهب لعلماءنا رحمهم الله تعالى في اللقيط : أنه حرام باعتبار الدار ؛ لأن الدار دار أحرار، فإن الأصل في الآدمية الحرية، والعبرة في حق الدين على رواية كتاب اللقيط من الأصل للمكان لا للواجد، حتى لو وجد في مكان المسلمين، يحكم بإسلامه، سواء كان الواجد كافرًا، أو مسلمًا، ولو وجد في مكان الكافرين، يحكم بكفره، سواء كان الواجد مسلمًا، أو كافرًا.

وعلى بعض رواية كتاب الدعوى من الأصل : العبرة للواجد. وعلق بعض رواية كتاب الدعوى من الأصل، وكتاب العتاق : العبرة لما يوجب الإسلام أيهما كان.

٩٨٢٤- وفي "المنتقى" : يعتبر الزي مرة، حتى إذا كان عليه زي أهل الشرك، يحكم بكفره، ومرة يعتبر دين الواجد، ويقول : الملتقط إذا كان ذميًا، وزي اللقيط مشكل، فادعاه نصراني، فهو ابنه، وهو على دينه، ولا ينظر في ذلك إلى الموضع الذي وجد فيه إن كان مسجدًا، أو غيره.

ورفعه أفضل من تركه، لما فيه ترك الرحم على الصغير، وقد قال عليه الصلاة والسلام : «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا»[1]. قالوا : هذا إذا كان لا يخاف عليه لا محالة، أما إذا كان يخاف عليه لا محالة، بأن وجده واقعا في الماء، أو بين يدي سبع، يفترض عليه الأخذ.

٩٨٢٥- إذا جاء الملتقط باللقيط إلى القاضي، فطلب من القاضي أن يأخذه منه، فللقاضي أن لا يصدقه في ذلك بدون بينة يقيمها على أنه لقيط، فلأنه متهم، فلعل هو ولده، أو بعض من يلزمه نفقته، واحتال بهذه الحيلة، ليدفع النفقة عن نفسه، وإذا أقام البينة على ذلك، فالقاضي يقبل بينته من غير خصم حاضر، أما لأن هذه بينة قامت لينكشف الحال، أو

---

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" (٤٩٤٣) : باب في الرحمة، وأخرجه الترمذي في "سننه" (١٩١٩ و١٩٢٠ و١٩٢١) : باب ما جاء في رحمة الصبيان، وأحمد في "مسنده" في (٦٧٣٣ و٧٠٧٣)، وابن أبي شيبة (٢٥٣٥٩)، والبزار في "مسنده" (٢٧١٨)، والربيع في "مسنده" (٧٥٣)، والحاكم في "مستدركه" (٧٣٥٣)، والطبراني في "الكبير" (٨/ ٣٠٨).

لأنها غير ملزمة، فالخصم فى مثل هذا ليس بشرط . وإذا قبل القاضى بينته، إن شاء قبض اللقيط منه، وإن شاء لم يقبضه منه، ولكنه يوليه ما تولى، ويقول له : قد التزمت حفظه، فأنت وما التزمت، وليس لك أن تلزمنى ما لم ألتزمه .

هذا إذا لم يعلم القاضى عجزه عن حفظه، والإنفاق عليه، وأما إذا علم، فالأولى أن يأخذه منه، نظرًا للقيط . وإذا أخذ منه يضعه على يدى رجل، ليحفظه . فإن جاء الأول بعد ذلك . وسأل من القاضى أن يرد عليه، فالقاضى بالخيار : إن شاء رده عليه، وإن شاء لم يرد .

٩٨٢٦- وهذا بخلاف ما لو التقط لقيطًا، فجاء به آخر، وانتزعه من يده، ثم اختصما، فالقاضى يدفعه إلى الأول؛ لأنه فى الفصل الأول الملتقط أسقط يده باختياره، وصار حاله كحال غيره من الناس فى طلب الرد، ولا كذلك فى الفصل الثانى .

٩٨٢٧- وإذا وجد العبد لقيطًا، ولم يعرف ذلك إلا بقوله، وقال المولى : كذبت، بل هو عبدى، فالقول قول المولى إن كان العبد محجورًا، إن كان مأذونًا، فالقول قول العبد؛ لأن العبد بقوله : هذا اللقيط فى يدى، مخبر بسقوط حق مولاه عنه؛ لأنه حر، والمحجور لا قول له فى إسقاط حق المولى عما فى يده، بخلاف المأذون -والله أعلم- .

الفصل الثانى
فى بيان أحكامه

٩٨٢٨- شهادة الرقيق بعد ما أدرك جائزة إذا كان عدلا ، وحكم جنايته ، والجناية عليه كحكم غيره من الأحرار ؛ لأنا حكمنا بحريته باعتبار الظاهر ، ويحد قاذفه فى نفسه ، ولا يحد قاذفه فى أمه ؛ لأن الأم فى صورة الزانيات ؛ لأن لها ولد لايعرف له والد ، ولا كذلك نفسه ، وميراثه للمسلمين ، وعقله ونفقته فى بيت مال المسلمين .

٩٨٢٩- وإذا وجد مع اللقيط مال ، فذلك المال له ، لسبق يده إليه ، ونفقته فى ذلك المال ، يأمر القاضى الملتقط أن ينفق عليه منه ، وقيل : ينفق بغير أمره أيضًا ، ويصدق فى نفقة مثله ، وكذلك إذا وجد على الدابة ، فالدابة له .

وعن محمد رحمه الله تعالى فى "النوادر" : أن اللقيط إن كان بحال يستمسكه ، وإن كان بحال لا يستمسك على الدابة ، ولا يشد عليها ، فالدابة لاتكون له -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل الثالث
فى بيان من يلى عليه

٩٨٣٠- الولاية على اللقيط للإمام، قال عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولى من لا ولى له»[١]، ولا جوز للملتقط عليه عقد النكاح، ولا عقد البيع، والشراء؛ لأن نفوذ هذه التصرفات يعتمد الولاية، ولا ولاية للملتقط على القيط، إنما له حق الحفظ والتربية؛ لكونه منفعة محضة فى حق اللقيط، ولهذا السبب لا تثبت الولاية.

فإن وجد مع اللقيط مال، أمر القاضى الملتقط أن ينفق عليه من ذلك المال، فما اشترى له من طعام، أو كسوة، فذلك جائز؛ لأن القاضى لما أمره أن ينفق عليه من ذلك المال، فقد أمره بأن يشترى له ما يحتاج إليه من الطعام، والكسوة، والقاضى يملك ذلك بنفسه، فيملكه الملتقط أيضًا بأمره.

٩٨٣١- وإذا قتل الملتقط خطأ، يجب الدية على عاقلة القاتل، ويكون لبيت مال المسلمين، وإن قتل عمدًا، فصالح الإمام القاتل على الدية، جاز، ولو عفى عن القاتل لا يجوز، ولو أراد أن يقتل القاتل، فله ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف. وإنما كان له استيفاء القصاص فى قولهما؛ لأن القصاص فى الأصل شرع لحكمة الحياة على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾[٢]، وذلك بطريق الزجر، حتى إذا تفكر الرجل فى نفسه أنه لو قتل غيره، يقتل، ينزجر عن قتله، فيكون حياة لهما جميعًا، وهذا المعنى موجود فى اللقيط، وكان للإمام أن يستوفى القصاص. وإن شاء مال إلى الدية؛ لأنه مجتهد فيه، وليس له أن يعفو؛ لأنه نصب لاستيفاء حقوق المسلمين، لا لإبطاله.

٩٨٣٢- وإذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه، إن أنفق بغير أمر القاضى، فهو فى ذلك متطوع، وإن أنفق بأمر القاضى إن كان القاضى أمره بالإنفاق على أن يكون دينًا عليه، فإن ظهر له أب كان للملتقط حق الرجوع على أبيه، وإن لم يظهر له أب، فله حق الرجوع عليه

---

(١) أخرجه النسائى فى "الكبرى" (٥٣٩٤): باب عرض المرأة نفسها على من ترضى، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (١٥٩٣٣ و٣٦١١٧)، وأحمد فى "مسنده" (٢٤٢٠١ و٢٥٣٦٥)، والورع للإمام أحمد (١/ ٩٠).

(٢) سورة البقرة: الآية١٧٩.

إذا كبر، وإن كان القاضى أمره بالإنفاق ، ولم يقل : على أن يكون دينًا عليه، ذكر شيخ الإسلام : أن فى المسألة روايتين، وذكر شمس الأئمة السرخسى : أنه لا يكون له حق الرجوع فى ظاهر الرواية، وذكر الطحاوى عن أصحابنا : أن له حق الرجوع، والأصح ما ذكر فى ظاهر الرواية، كذا حكى شمس الأئمة السرخسى، ووجهه أن مطلق الأمر بالإنفاق محتمل، يحتمل أن يكون للحث والرغبة فى إتمام ما شرع فيه من التبرع، وإنما ينقطع هذا الاحتمال بالأمر على أن يكون دينًا عليه.

٩٨٣٣- وإذا بلغ اللقيط، وصدق الملتقط فيما ادعى من الإنفاق عليه رجع عليه بذلك، وإن كذبه كان القول قول اللقيط، وعلى الملتقط البينة؛ لأنه يدعى دينًا لنفسه على اللقيط وهو ينكر.

٩٨٣٤- وفى "المنتقى" : لو جعل الإمام ولاء اللقيط للملتقط جاز؛ لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه، فإن من العلماء من قال : بأن الملتقط سبب المعتق من حيث إنه أحياه، كالمعتق - والله أعلم- .

الفصل الرابع
فى دعوى نسب اللقيط ورقه

٩٨٣٥- [إذا ادعى الملتقط نسب اللقيط، فالقياس أن لا تصح دعوته؛ لمكان التناقض، فإنه زعم أنه لقيطه، وابنه لا يكون لقيطًا، ولأن هذا إقرار على اللقيط، فإنه يلزمه أحكام النسب، والإقرار على الغير لا يصح.

وفى الاستحسان: تصح دعوته؛ لأن هذا إقرار على نفسه من وجه من حيث إنه تلزمه نفقته، ويجب عليه أن يحفظ، ثم وإن كان هذا إقراراً على اللقيط، فهو إقرار عليه بما ينفعه من كل وجه، وبالالتقاط ثبت له هذه الولاية.

وما يقول: بأنه متناقض، قلنا: نعم، ولكن فيما طريقه طريق الخفاء، فقد يشتبه على الإنسان حال ولده الصغير، ويظن أنه لقيط، ثم تبين له بعد ذلك أنه ولده.

وإن ادعاه رجل، فالمسألة على القياس، والاستحسان، وهذا قياس آخر؛ لأن المدّعى][1] يريد أن يأخذه من يد الملتقط، ويبطل عليه ما ثبت من الحق، وإذا مات اللقيط وادعى رجل أنه ابنه، لا تصح دعوته، فعلى هذا جواب الاستحسان فرق بين حال الحياة، وبين ما بعد الموت؛ لأنه فى حال الحياة إنما صحت دعوته؛ لأنه أقر بما ينفع اللقيط من كل وجه، وهو النسب، وبالموت استغنى عن النسب، بقى كلامه دعوى الميراث، فلا يصدق إلا بحجة.

٩٨٣٦- ولو ادعى الملتقط أن اللقيط عبده، لم يصدق على دلك؛ لأنا حكمنا بحريته ظاهراً، فلا يبطل ذلك بمجرد قوله.

ولو ادعى رجل أنه ابنه من امرأته هذه، أو من أمته هذه، وصدقته المرأة، أو الأمة، أما تصديق الزوجة فظاهر؛ لأنه أقر عليها بما يلزمه من حقوق النسب، وإقرار الإنسان على زوجته لا يصح إلا بتصديقها، وأما تصديق الأمة، فلأنه وإن أقر على مملوكته، ولكن يلزمها فى الحال وبعد الحرية، فإن حقوق النسب كما يلزمها فى الحال، يلزمها بعد الحرية، وإقرار المالك على مملوكه بما يلزمها بعد الحرية لا يصح إلا بتصديق المملوك.

٩٨٣٧- ولو ادعاه عبد أنه ابنه من امرأته هذه، وهى أمة، وصدقته المرأة، وصدقهما

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ"، وكان فى الأصل بياض.

المولى، وقال: هو عبدى، ثبت النسب، وكان اللقيط مملوكًا لمولى الأمة، وهذا قول أبى يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن من ضرورة ثبوت النسب من الأمة أن يكون مملوكًا له، وعند محمد رحمه الله تعالى هو حر؛ لأنا حكمنا بثبات نسبه؛ لأنه منفعة، وليس فى إبطال الحرية الثابتة من حيث الظاهر نفع، بل فيه ضرر، فيثبت من الرجل، ولا يجعل ابن امرأته هذه.

٩٨٣٨- ولو ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها، وهى حرة أو أمة لم يصدق على ذلك إلا ببينة، فإن أقامت امرأة واحدة على أنها ولدته قبل ذلك منها، إذا كانت عدلة حرة أطلق الجواب، ولم يفصل بينهما إذا كان لها زوج، أو لم يكن. من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: المسألة محمولة على ما إذا كان لها زوج؛ لأنها تحمل النسب على فراش الغير، أما إذا لم يكن لها زوج، فلا يحتاج إلى البينة، وهى والرجل سواء.

ومن المشايخ من أجرى المسألة على إطلاقها. وقال: الحكم فى حقها يثبت بحقيقة الولادة، وللقابلة وقوف عليها، فلا بد من إقامتها؛ لقبول قولها، فأما فى جانب الرجل، الحكم لا ينقطع[1] عن الحقيقة، وعلق بالسبب[2] الظاهر، فكان قوله مقبول.

٩٨٣٩- ولو ادعى اللقيط ذمى، فالقياس على الاستحسان الذى ذكرنا فى المسلم أن لا يصدق، وفى الاستحسان يصدق، ويثبت نسبه منه، ويكون مسلمًا، ووجه ذلك أن إثبات النسب تبع، وإثبات التبعية فى الدين ضرر، والنفع ينفصل عن الضرر، فجعلنا النفع ونفينا الضرر.

٩٨٤٠- وفى "المنتقى": الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: ويقبل على الملتقط المسلم شهود النصارى لمسلم، أو نصرانى فى قولهم جميعًا. يريد به إذا كان الملتقط مسلمًا، فادعى مسلم، أو نصرانى أنه ابنه، وأقام على ذلك شهود النصارى تقبل. وقال أبو الحسن: هذا الجواب مستقيم إذا كان الملتقط ذميًا، غير مستقيم فيما إذا كان الملتقط مسلمًا؛ لأنها توجب استحقاق يد الملتقط، وشهادة أهل الذمة لاستحقاق اليد على المسلمين لا تقبل، وقيل أيضًا: هذا الجواب يتأتى على طريق القياس؛ لأن على طريق الاستحسان النسب ثابت بالدعوة بدون البينة، فلا حاجة إلى البينة.

٩٨٤١- وإن ادعاه رجلان، يثبت النسب منهما، ولو سبق أحدهما بالدعوة، فهو للسابق، ولا تقبل دعوى الآخر بعد ذلك، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه ابنه؛ لأن السبق فى

---

(١) هكذا ورد فى نسختى "ف" و "م"، وورد فى الأصل ونسخة "ظ": منقطع.

(٢) ورد فى نسختى "ظ" و "م": بالنسب الظاهر.

الدعاوى لايقاوم البينة.

٩٨٤٢- وإن ادعاه امرأتان، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لايثبت النسب من واحدة منهما؛ لأن ثبات النسب في جانبها يبتنى على حقيقة الولادة، واجتماع المرأتين على ولادة ولد واحد لا يكون، بخلاف جانب الرجل؛ لأن الحكم في حقه منقطع عن الحقيقة مبنى على السبب، وهو الفراش. وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فالنسب يثبت من المرأتين، ولكن لا بد من حجة عند التعارض والتنازع، والحجة شهادة امرأة واحدة على رواية أبي حفص، حتى إنه إذا أقام كل واحد منهما امرأة، يثبت النسب منهما، وعلى رواية أبي سليمان: الحجة شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، فإن أقاما ذلك يثبت النسب منهما، وما لا فلا. وإذا ادعاه الملتقط و رجل آخر، فالملتقط أولى.

٩٨٤٣- وإذا ادعى اللقيط رجلان، كل واحد منهما يدعى أنه ابنه، و وصف أحدهما بعلامات في جسده، وأصاب، ولم يصف الآخر، فقضى للذى وصف، وجعل إصابة الوصف علامة صدقه في دعواه. وإن لم يصفه واحد منهما، فهو ابنهما. ولو وصفه أحدهما، فأصاب في بعض ما وصف، وأخطأ في البعض، فهو ابنهما.

ولو وصفا، وأصاب أحدهما دون الآخر، قضى للذى أصاب، وكذلك لو قال أحدهما: هو غلام، وقال الآخر: هو جارية، يقضى للذى أصاب.

ولو تفرد رجل بالدعوة، وقال: هو غلام، فإذا هو جارية، أو قال جارية، فإذا هو غلام، لا يقضى له أصلا.

٩٨٤٤- ولو ادعاه رجل أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وادعى آخر أنه عبده، وأقاما البينة، قضى للذى ادعى البنوة، فإن ادعى أحدهما أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وادعى آخر أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، قضى للذى ادعى النسب من المرأة الحرة. لو أقام كل واحد منهما بينة أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، عين كل واحد منهما امرأة أخرى، قضى بالولد بينهما.

٩٨٤٥- وهل يثبت نسب الولد من المرأتين؟ فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يثبت، وعلى قولهما: لا يثبت.

وإذا ادعى نسبه رجلان، وأقاما البينة، ووقتت بينة كل واحد منهما، فإن عرف أن الصبى على أحد الوقتين، قضى له، وإن كان سن الصبى مشكلا، يحتمل أن يكون كل واحد من الوقتين، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: يسقط اعتبار التاريخ، ويقضى بينهما باتفاق الروايات، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: فقد ذكر شيخ الإسلام أنه اختلف

الروايات على قول أبي حنيفة رحمه الله، ذكر في رواية أبي حفص: أنه يقضي بينهما، وذكر في رواية أبي سليمان: أنه يقضي لأسبقهما تاريخًا. وذكر شمس الأئمة الحلواني ذكر في عامة الروايات: أنه يقضي بينهما. وذكر في بعض الروايات: أنه يقضي لأسبقهما تاريخًا. قال رحمه الله تعالى: والصحيح ما ذكرتم في عامة الروايات.

٩٨٤٦- وفي القدوري: ادعى اللقيط مسلم وذمي، قضى للمسلم؛ لأن منفعة الصبي فيه أكثر. وكذلك إذا شهد للمسلم ذميان، وشهد للذمي مسلمان، قضى للمسلم؛ لأن شهادة كل واحد من المدعيين حجة على صاحبه، فاستويا، فكان المسلم أولى. وفي الأصل إذا التقط لقيطًا مسلم وذمي، وتنازعا في كونه عبد أحدهما، قضى به للمسلم.

الفصل الخامس
فى تصرفات اللقيط بعد البلوغ

٩٨٤٧- اللقيط إذا والى الملتقط، أو رجلا آخر بعد ما أدرك جاز، وهذا إذا لم يتأكد ولاه لبيت المال، فأما إذا تأكد بأن جنى جناية، وعقل عنه بيت المال لا يجوز موالاته، وإذا بلغ كافرًا، وقد وجد فى مصر من أمصار المسلمين، يجبر على الإسلام، ولا يقتل استحسانًا؛ لأنا حكمنا بالإسلام تبعًا للمكان، وكل من حكم بإسلامه تبعًا للمكان إذا بلغ كافرًا يجبر على الإسلام، ولكن لا يقتل استحسانًا كالولد المولود بين المسلمين إذا بلغ كافرًا، وإذا أقر بالرق لغيره، وصدقه ذلك الغير فى ذلك ، كان عبدًا له.

قالوا: وهذا إذا لم تتأكد حريته بقضاء القاضى عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار، كالحد الكامل، والقصاص فى الطرف، أو ما أشبه ذلك. أما إذا تأكدت حريته بقضاء القاضى لم يقبل إقراره بالرق بعد ذلك.

٩٨٤٨- وإذا تزوج امرأة بعد ما أدرك، واستدان دينًا، أو بايع إنسانًا، أو تكفل بكفالة، أو وهب هبة، أو تصدق بصدقة، وسلمها، أو كاتب عبدًا، أو دبره، أو أعتقه، ثم أقر أنه عبد لفلان لم يصدق على إبطال شىء من ذلك. وكذلك فى سائر التصرفات.

٩٨٤٩- وإذا كان اللقيط امرأة، وتزوجت بزوج ثم أقرت بالرق لإنسان، وصدقها المقر له، فهى أمة للمقر له، ولكن النكاح بينها وبين الزوج على حاله إذ ليس من ضرورة القضاء برقها بطلان النكاح؛ لأن الرق لا ينافى النكاح ابتداء وبقاء، بخلاف ما إذا أقرت أنها بنت أب زوجها، وصدقها الأب فى ذلك حيث يبطل النكاح؛ لأن الأختية تنافى النكاح ابتداء وبقاء، وإذا ثبتت الأختية انتفى النكاح، ولو أعتقها المقر له لا خيار لها؛ لأن إقرارها بالرق لم يعتبر فى حق الزوج.

والأصل فى ذلك أن كل حكم يلحق الزوج، يتضرر فيه ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه لا تصدق فى إقرارها فى حق ذلك الحكم، وفى كل ما يمكنه دفع الضرر عن نفسه تكون مصدقة فى حقه، حتى إذا طلقها ثنتين، ثم أقرت بالرق ملك رجعتها، ولا يصير طلاقها ثنتين بإقرارها بالرق؛ لأن الزوج يتضرر بذلك على وجه لا يمكنه دفعه عن نفسه [ولو كان طلقها واحدة،

وأقرت بالرق بعد ذلك صار طلاقها ثنتين؛ لأنه متمكن عن دفع الضرر عن نفسه][1] بأن يراجعها، ثم يمسكها، ولا يطلقها، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه الأحكام -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

(١) هذه العبارة أثبتت من نسخ "ظ" "م" و"ف".

كتاب اللقطة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول : فى أخذ اللقطة ، والانتفاع بها وتملكها .
الفصل الثانى : فى تعريف اللقطة ، وما يصنع بها بعد التعريف .
الفصل الثالث : فيما يضمن الملتقط ، وفيما لا يضمن .
الفصل الرابع : فى الخصومة فى اللقطة .

الفصل الأول
فى أخذ اللقطة، والانتفاع بها وتملكها

٩٨٥٠- يجب أن يعلم بأن التقاط اللقطة على نوعين: نوع: من ذلك يفترض، وهو ما إذا خاف ضياعها، ونوع: من ذلك لا يفترض، وهو ما إذا لم يخف ضياعها، ولكن يباح أخذها، أجمع عليه العلماء، واختلفوا فيما بينهم أن الترك أفضل أو الرفع؟ ظاهر مذهب أصحابنا أن الرفع أفضل؛ لأنه لو لم يرفع هو، ربما تصل إليها يد خائنة.

وبعض المتقدمين[1] من أئمة التابعين قالوا: الترك أفضل؛ لأن صاحبها يطلبها فى الذى سقطت منه، فإذا تركها، وصل إليها المالك. ومن العلماء من قال: إن كان الرجل عدلا، يأمن على نفسه الخيانة، فالرفع أفضل، وإن كان فاسقًا، لايأمن على نفسه الخيانة، فالترك أفضل.

٩٨٥١- ثم ما يجده الرجل نوعان: نوع: يعلم أن صاحبه لا يطلبه، كالنواة فى مواضع متفرقة، وقشور الرمان فى مواضع متفرقة، وفى هذا الوجه له أن يأخذها، وينتفع بها، إلا أن صاحبها إذا وجد فى يدها بعد ما جمعها، فله أن يأخذها، ولايصير ملكًا للآخذ، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسى فى شرح كتاب اللقطة، وهكذا ذكر القدورى فى شرحه فى المسائل المنثورة من كتاب الحظر والإباحة.

و وجه ذلك أن إلقاء هذه الأشياء فى الطرق إذن بالأخذ، وإباحة الانتفاع بها عادة، وليس بتمليك؛ لأن التمليك من المجهول لا يكون، والإباحة لا تزيل ملك المبيح، والمباح له ينتفع به على حكم ملكه، فإذا وجدها صاحبها فى يده، فقد وجد عين ملكه، فكان له الأخذ.

وذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الذبائح: أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمها، وأخذها، ولم تصر ملكًا للآخذ.

٩٨٥٢- وكذا الجواب فى التقاط السنابل، فإن قال الرامى حالة الرمى: فليأخذه من شاء، لا يكون للرامى أن يأخذ بعد ذلك من الآخذ بلا خلاف. وتأويل هذه إذا قال لأقوام معلومين، ذكره الفقيه أبو الليث فى فتاواه فى كتاب الهبة والصدقة، أما إذا لم يقل ذلك لأقوام معلومين، فيكون للرامى أن يأخذه من الآخذ.

---

(١) ورد فى نسخة "ظ": وبعض المتأخرين.

٩٨٥٣- وذكر فى كتاب البيوع من فتاوى أبى الليث: رجل رمى بثوبه، لا يجوز لأحد أن يأخذه، إلا إذا قال وقت الرمى: فليأخذه من أراد، وتأويله ما ذكرنا.

وهذا الذى ذكرنا من التأويل فى المسألتين اختيار الفقيه أبى الليث. وبعض مشايخنا قالوا: ليس للرامى أن يأخذ بعد ذلك، وإن لم يقل الرامى لأقوام معلومين، ويستدل هذا القائل بقوله عليه الصلاة والسلام حين نحر بدنه: «من شاء اقتطع»[1]. ومعلوم أنه لم يخص قومًا معلومين، بل تناول الكل.

ونوع آخر يعلم أن صاحبه يطلبه، كالذهب، والفضة، وسائر العروض، وأشباهها، وفى هذا الوجه له أن يأخذها، ويحفظها، ويعرفها، حتى يوصلها إلى صاحبها. وقشور الرمان والنوى إذا كانت مجتمعة، فهى من النوع الثانى؛ لأن صاحبها لما جمعها، فالظاهر أنه ما ألقاها، إنما سقطت منه، فكانت من النوع الثانى.

٩٨٥٤- وفى غصب "النوازل": إذا وجد جوزة، ثم أخرى، حتى بلغت عشرًا، وصار لها قيمة، فإن وجدها فى موضع واحد، فهى من النوع الثانى بلا خلاف، وإن وجدها فى مواضع متفرقة، فقد اختلف المشايخ فيه، قال الصدر الشهيد: والمختار أنها من الثانى، بخلاف النوى، وقشور الرمان، وإذا [وجدها فى مواضع متفرقة. والفرق أن الناس فى عاداتهم يرمون بالنوى وقشور الرمان][2]، والرمى بهذه الأشياء إباحة انتفاع، ولا كذلك الجوز.

قيل: إلا إذا وجدها تحت أشجار الجوز فى الخريف، قد تركها صاحبها عند اجتناء الثمار، وجمعها حينئذٍ له أن يأخذ، وينتفع بها؛ لأن تركها تحت الأشجار فى هذا الوقت لانتفاع الناس بها معتاد.

٩٨٥٥- وفى "فتاوى أهل سمرقند": الحطب الذى يوجد فى الماء، لا بأس بأخذه، والانتفاع به، وإن كان له قيمة، وكذلك التفاح والكمثرى، إذا وجد فى نهر جارٍ، لا بأس بأخذه والانتفاع به، وإن كثر.

٩٨٥٦- وإذا مر فى أيام الصيف بثمار ساقط تحت الأشجار، فهذه المسألة على وجوه: إن كان ذلك فى الأمصار، لا يسعه التناول منها، إلا أن يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك إما نصًا أو دلالة؛ لأنه لا عادة هنا فى الإباحة.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى توجد عندنا دون الأصل.

وإن كان في الحائط، والثمار مما يبقى، كالجوز ونحوه، لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن. وإن كان الثمار مما لا تبقى، تكلم المشايخ فيه، منهم من قال: لا يسعه أن يأخذ ما لم يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك، ومنهم من قال: لا بأس به ما لم يعلم النهى، إما صريحًا، أو دلالة، وهو المختار.

وإن كان ذلك في الرساتيق الذي يقال بالفارسية پيراسته، وكان ذلك من الثمار التي تبقى لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان ذلك من الثمار التي لاتبقى يسعه الأخذ بلاخلاف ما لم يعلم النهى.

وهذا الذي ذكرنا كله إذا كانت الثمار ساقطة تحت الأشجار [فأما إذا كانت على الأشجار][1]، فالأصل أن لا يأخذ في موضع ما، إلا أن يأذن، إلا إذا كان موضع كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم ذلك، فيسعه الأكل، ولا يسعه الحمل، وفي "واقعات الصدر الشهيد": حمل الحمل من السقاية إلى منزله يكره ولا يحل.

٩٨٥٧- في "فتاوى أهل سمرقند": امرأة رفعت ملاة امرأة وتركت ملاتها عوضًا، ثم جاءت المرأة التي تركت حتى أخذت ملاتها، وأخذت ملاة المرأة الأخذة ليس لها أن تنتفع بها، وطريق ذلك أن تتصدق بهذه الملاة على ابنتها إن كانت فقيرة على نية أن الصواب لصاحبتها إن رضيت، ثم تهب الابنة الملاة منها، فيسعها الانتفاع بها؛ لأنها بمنزلة اللقطة، ولا يحل لها الانتفاع بها [ابتداء][2] إن كانت غنية، ويحل إن كنت فقيرة، وكذلك الجواب في المكعب إذا سرق وترك عوضًا.

٩٨٥٨- في "فتاوى أبي الليث": إذا كان في المقبرة حطب، يجوز للرجل أن يحتطب منها، هكذا ذكر في "العيون"، وهذا إذا كانت يابسة، وأما إذا كانت رطبة يكره، كذا ذكر في "فتاوى أبي الليث"؛ لأنه ما دام رطبًا يسبح، وربما يكون للميت أنس بتسبيحها، ولهذا قلنا: بيع الحشيش الرطب بلا حاجة لا يستحب؛ لأنه ما دام رطبًا يسبح.

٩٨٥٩- وفي "شرح القدوري": في كتاب الحظر والإباحة عن أبي يوسف: في رجل ألقى شاة ميتة، فجاء آخر وأخذ صوفها، كان له أن ينتفع به، ولو جاء صاحبها بعد ذلك له أن يأخذ الصوف منه، ولو سلخها، ودبغ جلدها، ثم جاء صاحبها كان له أن يأخذ الجلد، ويرد ما زاد الدباغ فيه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ورد هذه الكلمة في نسخة "م".

٩٨٦٠- وفى "واقعات الناطفى": إذا سقط فى الطريق فى أيام يصنع القز ورق الشجر الذى ينتفع بورقه كالتوت، وأشباهه، فليس له أن يأخذه، وإن أخذ ضمنه؛ لأنه مملوك منتفع، وإن كان ورق شجر لا ينتفع به له أن يأخذ.

٩٨٦١- فى "فتاوى الفضلى": المزارع إذا التقط السنابل بعد ما حصد الزرع، وجمعها كانت له خاصة؛ لأنه لم يلتقط المزارع، ولم يلتقطها رب الأرض، فكانت مباحة التملك. وقال: وهى كثوب خلق رمى به صاحبه، فرفعه غيره كان له، وقد ذكرنا مسألة الثوب قبل هذا. وفى مزارعة "النوازل": مبطحة فيها بقية، فانتهبها الناس، قال الفقيه أبو بكر: إذا تركها أهلها ليأخذ من شاء ذلك فلا بأس به، وهو نظير من رفع زرعه وترك ثمه سنابل، فالتقط غيره، فلا بأس به، كذا ههنا.

٩٨٦٢- فى "النوازل": ما لم يجمع الدهاقين فى إناءهم من الدهن الذى يقطر من الأرقية، هل يطيب لهم؟ إن كان بحال يسيل الدهن من خارج الأوقية لا من داخلها يطيب؛ لأن ما هو خارج الأوقية، فليس بمشترى، وإن كان الدهن يسيل من داخل الأوقية، أو من الداخل والخارج ولا يعلم، فإن زاد الدهان لكل واحد من المشتريين شيئًا طلب له ما يقطر، وإن لم يزد لا يطيب، ويتصدق به، ولا ينتفع به إلا أن يكون محتاجًا؛ لأن سبيله سبيل اللقطة، والحكم فى اللقطة هذا على ما نبين -إن شاء الله تعالى-.

٩٨٦٣- قوم أصابوا بعيرًا مذبوحًا فى طريق البادية إن كان قريبًا من الماء، ووقع فى القلب أن صاحبه فعل ذلك؛ لأنه أباح للناس، فلا بأس بالأخذ، والأكل فى العيون.

وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا أذن فيها صاحبها جاز الأخذ، والأكل.

٩٨٦٤- فى كراهية "فتاوى أهل سمرقند": رجل له دار يؤاجرها، فجاء إنسان بإبل، وأناخ فى داره، واجتمع من ذلك بعر كثير، قال: إن ترك صاحب الدار ذلك على وجه الإباحة، ولم يكن من دأبه أن يجمع، فكل من أخذ، فهو أولى [وإن كان دأب صاحب الدار أن يجمعها، فصاحب الدار أولى][1]، لأنه أعد الدار للآخر.

فى "نوادر هشام": سرقين الدابة فى الخان إذا ذهب صاحبها، فهى لمن أخذها، لا لصاحب الخان.

٩٨٦٥- وفى "فتاوى الفضلى": رجل قاطع دارًا سنين معلومة، وسكنها، فاجتمع فيها سرقين كثير، وقد جمعه القاطع، فهو لمن هيأ مكانه، وإن لم يفعل ذلك أحد، فهو لمن سبقت

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يده إليه بالأخذ والرفع، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام على السغدى يقول: هى لمن سبقت يده إليه بالرفع على كل حال، وكان لا يعتبر تهيئ المكان، حتى قال: إذا ضرب حائطًا، وجعل موضعًا يجتمع فيه الدواب، فسرقينها لمن سبقت إليها يده، بخلاف ما إذا هيأ مكانًا لأجل الصيد؛ لأن هناك ما اعترض على فعله فعل معتبر، وهو إدخال صاحب الدار الدواب فى هذا المكان.

وفى "فتاوى أبى الليث": سئل أبو نصر عن الغنم تجمع فى مكان، فيجتمع من ذلك بعر كثير، فجاء آخر، والتقطها، قال: إن كان أرباب الغنم جمعوا ذلك، وهيأوا مرابض لغنمهم ليجتمع بعرها، أو كانوا يشحون على ذلك، لا يجوز لأحد أن يأخذ ذلك من غير إذنهم، وإن لم يكن شىء من ذلك، فلا بأس بالأخذ منه.

٩٨٦٦- وفى دعوى "الفضلى": ساحة بيضاء، يطرح فيها أصحاب السكة التراب والسرقين والرماد ونحوه، حتى اجتمع من ذلك شىء كثير، فإن كان أصحاب السكة طرحوها على معنى الرمى بها، وكان صاحب الساحة هيأ الساحة لذلك، فهى لصاحب الساحة، وإن لم يكن هيأ الساحة لذلك، فهى لمن سبقت يده إليها بالرفع. وكان القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى يقول: هى لمن سبقت يده إليها بالرفع على كل حال.

٩٨٦٧- و فى "فتاوى أبى الليث": رجل له برج حمام، اختلط به حمام أهلى لغيره، لا ينبغى له أن يأخذه، وإن أخذ يطلب من صاحبه؛ لأنه فى معنى الضالة، واللقطة، فإن فرخ عنده، فإن كان الأم غريبًا لا يتعرض لفرخه، وإن كان الأم لصاحب الفرخ والغريب ذكر، فالفرخ له، والبيض يتولد من الأم، فيكون لصاحب الأم، فإن لم يعرف أن فى برجه غريب لا شىء على صاحب البرج.

٩٨٦٨- وفى "شرح الصدر لشمس الأئمة السرخسى": أن من اتخذ برج حمام، وأوكرت حمامات الناس فيها، فما يأخذ من فراخها لا يحل له، إلا إذا كان فقيرًا، فيحل له أن يتناول لحاجته، وإن كان غنيّا ينبغى أن يتصدق بها على فقير، ثم يشتريها منه بشىء. وفيه أيضًا: رجل أخذ حمامة فى المصر يعلم أن مثلها لا تكون وحشية، فعليه أن يعرفها.

٩٨٦٩- وفيه أيضًا: ومن أخذ بازيًا أو ما اشبهه فى سواد أو مصر وفى رجليه سير أو جلاجل، وهو يعرف أنه أهلى، فعليه أن يعرفه؛ ليرد على أهله، فإن تبين ثبوت يد الغير عليه؛ لأنه لا يخرج من البيضة مع الجلاجل والسير. فأما إن انفلت من يد صاحبه وأرسله، وأيّا ما كان لا يزيل ملك صاحبه عنه، وكان بمنزلة اللقطة، وكذلك إذا أخذ ظبيًا فى عنقه قلادة.

الفصل الثانى
فى تعريف اللقطة، وما يصنع بها بعد التعريف

٩٨٧٠- قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى : أولى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ، ويقول : آخذها لأردها . فإن فعل ذلك، ثم لم يعرفها بعد ذلك كفى .

ومن المشايخ من قال : يأتى على ذلك أبواب المساجد، وينادى . وقد ذكر محمد فى الكتاب : يعرفها حولا ، ولم يفصل بين القليل والكثير .

٩٨٧١- وعن محمد روايتان : روى الحسن عنه فى المجرد : إن كانت مائتى درهم فما فوقها يعرفها حولا ، وإن كانت أقل من [مائتى درهم إلى عشرة يعرفها شهرًا، وإن كانت أقل من عشرة، يعرفها ثلاثة أيام . وروى محمد عنه : إن كانت عشرة فما فوقها يعرفها حولا ، وإن كانت أقل من][1] عشرة يعرفها على حسب ما يرى .

وروى الحسن عن أصحابنا : إن كانت مائتى درهم فصاعدًا، يعرفها حولا ، وإن كانت عشرة فصاعدًا يعرفها شهرًا، وإن كانت [ثلاثة فصاعدًا يعرفها، وإن كانت][2] درهمًا فصاعدًا، يعرفها ثلاثة أيام، وإن كانت دانقًا يعرفها يومًا ، وإن كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة، ويضعها فى كف فقير .

والفقيه أبو جعفر كان يقول : إذا بلغ مالا عظيمًا بأن كان كيس ألف درهم، أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال .

٩٨٧٢- وكان القاضى الإمام أبو على النسفى يحكى عن الشيخ الإمام، أنه كان يروى عن محمد : تعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر . وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى يقول : شىء من هذا ليس بتقدير لازم، بل يبنى الحكم على غالب الرأى ، ويعرف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك .

٩٨٧٣- وفى "المنتقى" : قدر مدة التعريف فى العصفور والطائر بيوم، ثم على قول من

---

(١) هذها لعبارة وردت فى "ظ" و "ف" .

(٢) هكذا هذه العبارة فى نسخة "م" .

قدر مدة التعريف بحول، أو أكثر، اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يعرفها كل جمعة ، وبعضهم قالوا : ستة أشهر .

٩٨٧٤- وهذا كله إذا كانت اللقطة شيئًا يبقى ، وأما إذا كانت شيئًا لا يبقى يعرفها إلى أن ينتهي إلى وقت يخشى عليها الفساد ، ثم بعد مضى مدة التعريف لو لم يظهر لها طالب ، يرفعها إلى الإمام. هكذا ذكر فى "النوادر" ، ولم يذكر فى "المبسوط" أن الملتقط يرفعها إلى الإمام .

قال فى "الملتقى" : وقال أبو يوسف والحسن : له أن يأمر غيره يعطيها حتى يعرفها . يريد به إذا عجز عن التعريف بنفسه .

٩٨٧٥- وإن مات فى يده فلا ضمان على أحد فى ذلك . ثم إذا دفعها إلى الإمام ، كان للإمام الخيار ، إن شاء قبل منه ، وإن شاء لم يقبل ، فإن قبل فهو بالخيار ، إن شاء عجل صدقتها على الفقراء ، وإن شاء أقرضها من رجل موثوق مليء ، وإن شاء دفعها مضاربة . والحاصل أن الإمام نصب ناظرا ، فيفعل ما رآه أصلح فى حق صاحب اللقطة . وإذا ردها على الملتقط ، فالملتقط بالخيار ، إن شاء أمسكها ، وأدام الحفظ فيها حتى يظهر لها طالب ، وإن شاء تصدق بها ، على أن يكون الثواب لصاحبها ، وإن شاء باعها إن لم يكن دراهم ، أو دنانير ، وأمسك ثمنها ، فإن تصدق ، وحضر صاحبها ، فله الخيار ، إن شاء نفذ الصدقة ، والثواب له . وإجازة الصدقة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء ، وإن شاء لم يجز الصدقة .

وعند عدم الإجازة إن كانت قائمة فى يد الفقير ، أخذها منه ، وإن كانت هالكة ، كان له الخيار ، إن شاء ضمن الفقير ، وإن شاء ضمن الملتقط .

فإن قيل : كيف ضمن الملتقط ، وقد تصدق بإذن الشرع؟

قلنا : الشرع ما ألزمه التصدق ، وإنما أذن له بذلك ، ومثل هذا الإذن يسقط الإثم ، أما لايسقط عصمة يثبت حقّا للعبد ، كالإذن فى الرمى إلى الصيد ، حكى عن القاضى الإمام أبى جعفر أنه كان يقول : ما ذكر فى الكتاب محمول على ما إذا تصدق بغير أمر القاضى ، أما إذا تصدق بأمر القاضى ، فليس للمالك أن يضمن الملتقط .

٩٨٧٦- وإن كان الملتقط محتاجًا ، فله أن يصرف اللقطة إلى نفسه بعد التعريف؛ لأن الصرف إلى فقير آخر لإيصال الثواب إلى المالك ، وفى حق هذا المعنى الصرف إلى فقير آخر ، والصرف إلى نفسه سواء .

فإن كان غنيّا ، فليس له أن يصرفها إلى نفسه[1] .

---

(١) ورد فى نسخة "ف" : نفسه اللقطة .

٩٨٧٧- فإن باع القاضي ، أو باع الملتقط بأمر القاضي ، ثم حضر صاحبها ، لم يكن له إلا البيع ؛ لأن البيع نفذ بولاية شرعية .

فإن باعها بغير أمر القاضي ، ثم حضر صاحبها ، أو هي قائمة في يد المشتري ، كان لصاحبها الخيار ، إن شاء أجاز البيع ، وأخذ الثمن ، وإن شاء أبطل البيع ، وأخذ عين ماله ؛ لأن هذا بيع صدر لا عن ولاية ، فيتوقف على إجازة المالك .

وإن كانت قد هلكت ، فالمالك بالخيار ، إن شاء ضمن البائع ، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية ، وبه أخذ عامة المشايخ . وفي رواية أخرى يبطل البيع ، وبه أخذ بعض المشايخ .

٩٨٧٨- وفي الوديعة إذا باعها المودع ، وسلمها إلى المشتري ، فهلكت في يد المشتري ، ثم إن المالك ضمن البائع ، لم ينفذ البيع باتفاق الروايات ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه . وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه : أن بيع المودع ينفذ من جهته ، كبيع الملتقط ، وأشار إلى المعنى الجامع ، فقال : الملتقط حين رفعها ليبيعها بغير أمر القاضي ، صار ضامنًا لها ، فيستند ملكه إلى تلك الحالة ، فينفذ بيعه ، والمودع حين رفعها ليبيعها ، لا يصير ضامنًا ليستند إلى تلك الحال ، فينفذ بيعه ، وإن شاء ضمن المشتري قيمتها ، ورجع بالثمن على البائع ، وجعل استرداد القيمة من يده بمنزلة استرداد العين من يده .

٩٨٧٩- في وديعة أهل سمرقند : غريب مات في دار رجل ، وليس له وارث معروف ، وخلف من المال ما يساوي خمسة دراهم ، وصاحب الدار فقير ، فأراد أن ينفقها على نفسه ، فله ذلك ؛ لأنه في معنى اللقطة.

الفصل الثالث
فيما يضمن الملتقط، وفيما لا يضمن

٩٨٨٠- إذا هلكت اللقطة في يد الملتقط، فهذا على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يأخذها ليردها على المالك، ويشهد عند الأخذ شاهدين أنه إنما أخذها ليردها على المالك، وفي هذا الوجه لاضمان؛ لأن أخذها ليردها على المالك مندوب إليه شرعًا، فلا يصلح سببًا للضمان.

الوجه الثاني: إذا أخذها لنفسه، وأقر بذلك وفي هذا الوجه هو ضامن؛ لأنه منهي عن الأخذ لنفسه، فيصير به غاصبًا ضامنًا.

٩٨٨١- الوجه الثالث: إذا ادعى أنه أخذها ليردها على المالك، إلا أنه لم يشهد على ذلك، ولكن صدقه المالك أنه أخذها ليردها على المالك، وههنا لا ضمان. وإن كذبه المالك في ذلك، فادعى أنه أخذها لنفسه، فعند أبي يوسف القول قول الملتقط مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر مباشرة ما هو حلال، والحلال ههنا الأخذ للرد على المالك. وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: القول قول صاحب اللقطة؛ لأن الأصل في عمل الحر أن يكون لنفسه ما لم يقم دليل يدل على العمل للغير، وذلك الدليل ههنا الإشهاد، وإذا ترك الإشهاد، ولم يوجد دليل العمل لغيره، فعمل به بقضية الأصل.

٩٨٨٢- وإن أشهد أنه التقطه لقطة، أو ضالة، أو قال: عندي لقطة، فمن سمعتموه يطلب اللقطة فدلوه علي، فلما جاء صاحبها، قال: قد هلكت، فهو مصدق، ولا ضمان عليه؛ لأنه تبين بصدر الكلام أنه أخذ للرد، وأنه أمين فيها، وقول الأمين في دعوى الهلاك مقبول، ولا يضره أن لا يسمي جنسها ولا صفتها في التعريف، لأنه ترك تسمية ذلك لتحقيق الحفظ على المالك، حتى لا يسمع ذلك إنسان، فيدعيها لنفسه، ويرفع الأمر إلى القاضي، يرى الاستحلاف لنصب العلامة، وفيه خلاف الظاهر على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ولو وجد لقطتان، أو ثلاثة، وقال: من سمعتموه ينشد ضالة، فدلوه علي، فهذا تعريف للكل، ولا ضمان إن هلكت عنده.

وفي "فتاوى أهل سمرقند": لقطة في طريق، أو مفازة، ولم يجد أحدًا يشهده عليه عند الأخذ، قال: يشهد إذا ظفر بمن يشهد عليه، فإذا فعل ذلك لايضمن؛ لأنه ليس في وسعه أكثر

من هذا، وإن وجد من يشهده، فلم يشهد حتى جاوزه ضمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه. وإذا التقط لقطة ليعرفها، ثم ردها [إلى مكانها الذى وجدها فيه، فلا ضمان عليه لصاحبها، وإن هلكت قبل أن يصل إليها صاحبها، أو استهلكها غيره؛ لأن الأخذ ليردها على المالك لا يصلح سببا للضمان، والرد إلى مكانه لا يصلح سببًا، فامتنع وجوب الضمان.

قال الحاكم الشهيد فى إشاراته: إن ما ذكر فى الكتاب محمول على ما إذا أعادها إلى مكانها قبل أن يحولها عن ذلك الموضع، أما إذا أعادها بعد ما حولها، ضمن. وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر. وروى عن محمد أنه إذا مشى خطوتين، أو ثلاث خطوات ثم ردها][1]، ووضعها فى الموضع الذى أصابها فيه، برئ من الضمان، فلم يعتبر هذا القدر من التحويل.

وإن كان أخذها لنفسه، ثم ردها إلى مكانها، هو ضامن لها؛ لأنه صار ضامنًا بالأخذ، والضمان متى وجب، لا تقع عنه البراءة إلا بالرد على المالك، والإعادة إلى مكانها ليس برد على المالك. وهو نظير ما لو غصب من آخر دابة، ثم ردها على مالكها، فلم يجدها، وربطها على بابها.

وفى "المنتقى": عن أبى يوسف إذا ردها إلى مكانها من غير أن ذهب بها، ثم ردها [فلاضمان من غير فصل بينما إذا أخذها لنفسه، أو أخذها ليعرفها، فإذا ذهب بها، ثم ردها][2]، إلى مكانها، ضمن على كل حال.

وقيل: إذا اعتقد مع الإشهاد أنه يأخذ لنفسه، فهو ضامن فيما بينه وبين الله، وإذا اعتقد التعريف مع ترك الإشهاد، فلا ضمان. وقيل: هذا التفصيل فيما إذا أخذها لنفسه، أما إذا أخذها ليعرفها، فلا ضمان عليه من غير تفصيل، كما ذكرنا فى الكتاب.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الرابع
فى الخصومة فى اللقطة والاختلاف فيها والشهادة

٩٨٨٣- فى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله فى رجل التقط لقطة، وضاعت منه، ثم وجدها فى يدى رجل آخر، فلا خصومة بينهما. قال: وليس الملتقط فى هذا كالمستودع، والفرق وهو: أن المستودع مأمور بالحفظ من جهة المالك أيضًا، ولا يتهيأ له الحفظ إلا بالاسترداد [فكان مأمورًا من جهة المالك بالاسترداد][1] والخصومة، ولا كذلك الملتقط.

٩٨٨٤- إذا وجد الرجل لقطة، وهى دراهم أو دنانير، فجاء رجل، وادعى أنها له، وسمى وزنها، وعددها، ووعاها، وأجانها، فلم يصدقه الملتقط، فعلى قول مالك: يجبر الملتقط على ردها إليه، وعلى قول علمائنا: لا يجبر، بل له الخيار، إن شاء دفعها، وإن شاء أبى، حتى يقيم البينة؛ لأن إصابة العلامة محتمل فى نفسه، قد يكون ذلك جزافًا، وقد يعرف الإنسان ذلك فى ملك غيره، وقد يسمع من مالكه عند طلبه، والمحتمل لا يكون حجة الإلزام.

فإن دفعها إليه أخذ منه كفيلا، نظرا منه لنفسه، فلعل يأتى مستحقها، فيضمنها إياه، ولا يتمكن من الرجوع على هذا الأخذ؛ لأنه يخفى شخصه، فيحتاط بأخذ الكفيل، وإن صدقه دفعها إليه.

ولم يذكر محمد فى الأصل أنه إذا أبى هل يجبر على الدفع؟ وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا يجبر، وقاسه على ما إذا كان فى يدى رجل وديعة، جاء رجل، وقال: أنا وكيل المودع فى استرداد الوديعة منك، فصدقه، لا يجبر على الدفع إليه؛ لأنه أقر بحق القبض فى ملك الغير، فكذا هذا.

وبعضهم قالوا: يجبر على الدفع إليه، بخلاف[2] مسألة الوديعة، والفرق أن فى مسألة الوديعة الملك لغير الذى حضر ظاهر فى الوديعة، وأما فى اللقطة فليس لغير الذى حضر ملك ظاهر.

ثم إذا دفعها إليه فى هذه الصورة، فجاء آخر، وأقام بينة أنها له، إن كان العين قائمًا فى يد القابض، يقضى بالعين للمدعى، فإن كان هالكًا، كان للمدعى خيار فى التضمين، فإن

(١) وردت هذه العبارة فى نسخة "م".

(٢) ورد فى نسخة "ف": لأنه بخلاف مكان: بخلاف.

ضمن القابض، فالقابض لا يرجع على الملتقط، وإن ضمن الملتقط، فالملتقط هل يرجع على القابض؟ ذكر هذه المسألة فى كتاب اللقطة فى موضعين، قال فى موضع: يرجع.

ومن المشايخ من وفق بين الروايتين، والأصح أن فى المسألة روايتين، والاعتماد على رواية الرجوع.

٩٨٨٥- وإذا وجد شاة، أو بقرة، أو بعيرًا، وحبسها، وأنفق عليها فى مدة التعريف، ثم جاء رجل، وأقام البينة أنها له لم يرجع عليه بما أنفق، إلا إذا كان الإنفاق بأمر القاضى. وإذا رفع الأمر إلى القاضى، فالقاضى لا يأمره بالإنفاق ما لم يقم بينة أنه التقطها نظرًا للمالك، وقدمنا نظيره قبل هذا.

فإن قال: لابينة لى، فالقاضى يقول له: أنفق عليها إن كنت صادقًا، فإن كان صادقًا يرجع، وإن كان كاذبًا لا يرجع.

قالوا: إذا كانت اللقطة شيئًا يخاف عليها الهلاك متى لم ينفق عليها، يأمر القاضى بالإنفاق عليها، إلا أن يقيم البينة، فالقاضى يقول له: أنفق عليها إن كنت صادقا، فإن أقام البينة عند القاضى، يأمره بالإنفاق يومين، أو ثلاثة.

بعد هذا إن كانت اللقطة شيئًا تمكن إجارتها، تؤاجر، وينفق عليها من الأجر، وإن كانت شيئًا لا يمكن إجارتها، باعها القاضى له بنفسه، أو أمر الملتقط بالبيع، وأعطى الملتقط من الثمن ما أنفق بأمره.

وإن لم يبعه حتى جاء صاحبها، وأقام بينة، فقضى القاضى بها له، وقضى عليه بما أنفق الملتقط، كان للملتقط أن يحبسها منه، حتى يعطيه ما أنفق. وهذا لايشكل فيما إذا أمر بالإنفاق على أن يكون دينًا على صاحبها. أما إذا لم يشترط ذلك، فظاهر ما ذكر فى هذا الكتاب، يقتضى الرجوع.

قال شيخ الإسلام: يجب أن يكون فى المسألة روايتان على نحو ما بينا فى اللقيط.

٩٨٨٦- فى "المنتقى": إذا قال لرجل: وجدت لقطة فضاعت فى يدى، وقد كنت أخذتها لأردها على المالك، وأشهدت بذلك، وكان الأمر كما قال من الأخذ بالرد على المالك، والإشهاد بذلك إلا أن صاحبها يقول: ما كانت لقطة، فإنما وضعتها بنفسى لأرجع، وأخذها، فإن كان فى موضع ليس بقربه أحد، أو كان فى طريق، فالقول قول الملتقط إذا حلف أنها ضاعت عنده، وإن كان لا يدرى ما قصتها ضمن الملتقط، و إن قال صاحبها: أخذتها من منزلى، وقال الملتقط: أخذتها من الطريق ضمن. وإن وجدها فى دار قوم، أو فى دهليز، أو

فى دار فارغة، ضمن، إذا قال صاحبها: وضعتها لأرجع، وأخذها.

والأصل فى ذلك كله أن أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان بقضية الأصل، إلا إذا كان الأخذ على وجه الحفظ، بأن يكون فى الطريق، ويكون فى مكان لا يكون بقربه أحد؛ لأنه يعرض التوى والتلف، إذا كان بهذه الصفة، فكان الأخذ للرد على المالك، والحالة هذه من باب الحفظ مما لم يعلم بذلك فيه بقضية الأصل.

وفى الأصل: إذا قال المالك: أخذت مالى غصبًا، وقال الملتقط: كانت لقطة، وقد أخذتها لك، فالملتقط ضامن من غير تفصيل.

٩٨٨٧- وإذا كانت اللقطة فى يدى مسلم فادعاها رجل، وأقام عليه البينة، وأقر الملتقط بذلك، أو لم يقر، ولكن قال: لا أردها عليك إلا عند القاضى، فله ذلك. وإن ماتت فى يده عند ذلك، فلا ضمان.

فى "المنتقى": وإذا كانت اللقطة فى يدى مسلم ادعاها رجل، وأقام على ذلك شاهدين كافرين، لا تقبل هذه الشهادة.

٩٨٨٨- وإن كانت فى يدى كافر، وباقى المسألة بحالها، فكذلك قياسًا لا أدرى لعلها ملك مسلم. وفى الاستحسان: تقبل هذه الشهادة؛ لأن المستحق بهذه الشهادة فى الحال، اليد، وإنما للكافر. فأما الملك، فكما يتوهم أن يكون للمسلم يتوهم أن يكون للكافر، فيتعارض الموهومان، فسقط اعتبارهما، وبقيت العبرة لليد.

٩٨٨٩- وإن كان فى يد كافر، ومسلم، لم تجز شهادتهما على واحد منهما قياسًا، وفى الاستحسان جازت الشهادة على الكافر، وقضى بما فى يد الكافر؛ لما قلنا.

٩٨٩٠- فى "المنتقى": بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: سارق دفع إلى رجل متاعًا، فينبغى للمدفوع إليه أن يتصدق به، إذا لم يعرف صاحبه، وإن عرف صاحبه رده عليه، ولا يدفعه إلى السارق، ولا ينبغى له ذلك؛ لأنه لو وصل إلى أخذه، ينبغى له أن يأخذه، ويرد على صاحبه، وهو مأجور فى ذلك، فكيف يدفعه إلى السارق بعد ما وصل إليه -والله أعلم-.

كتاب الإباق

يشتمل هذا الكتاب على ستة فصول:

الفصل الأول: فى أخذ الآبق.
الفصل الثانى: فى بيان مقدار الجعل.
الفصل الثالث: فى بيان من يستحق الجعل، ومن لايستحق الجعل.
الفصل الرابع: فى بيان وجوب الضمان على الآبق.
الفصل الخامس: فى بيان الاختلاف الواقع فى الإباق.
الفصل السادس: فى تصرفات الآبق.

الفصل الأول
فى أخذ الآبق، وما يصنع به بعد الأخذ

٩٨٩١- ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح المبسوط": أنه ينبغى للراد أن يأتى بالآبق إلى الإمام، وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرحه: أن الراد بالخيار إن شاء حفظ بنفسه، وإن شاء دفعه إلى الإمام. قال رحمه الله تعالى: وكذلك الضالة، والضلالة الواجد فيه بالخيار.

٩٨٩٢- قال شمس الأئمة الحلوانى: إذا جاء به إلى القاضى، وقال: هذا عبد آبق، أخذته، هل يصدقه القاضى من غير بينة؟ فقد اختلف المشايخ فيه. ثم إذا صدقه، وأخذه منه، حبسه، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير. ومن هذا المعنى يقع الفرق بين الآبق، والضالة، والضلالة، فإن القاضى لا يحبسها؛ لأنها لا يستحقان التعزير، ولا كذلك الآبق. وينفق عليه فى مدة الحبس من بيت المال؛ لأنه محتاج إلى النفقة، عاجز عن الكسب ما دام محبوسًا، ولو أمره القاضى ليخرج ، ويكتسب يأبق ثانيًا، فكان النظر فى الإنفاق عليه من بيت المال.

إذا حبسه الإمام، فجاء رجل، وأقام بينة أنه عبده، قبل القاضى بينته. ولم يذكر محمد أن القاضى هل ينصب خصمًا؟ قال شمس الأيمة الحلوانى: اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: القاضى ينصب خصمًا، ثم يقبل هذه البينة. وبعضهم قالوا: يقبل القاضى هذه البينة من غير أن ينصب عنه خصمًا، وطريقه ما ذكرنا قبل هذا.

قالوا: ويحلف المدعى: بالله ما بعته، ولا وهبته، ثم يدفعه إليه.

فإن قيل: كيف يستحلف وليس ههنا خصم حاضر يدعى ذلك؟

قلنا: يستحلف صيانة لقضاءه، أو يستحلف نظرًا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه بنفسه من مشترى، أو موهوب. فإذا حلف، دفعه إليه. وهل يأخذ منه كفيلا؟ ذكر فى رواية أبى حفص: لا أحب له أن يأخذ منه كفيلا، ولو أخذ لا يكون مسيئًا، وذكر محمد فى رواية أبى سليمان: أحب إلى أن يأخذ منه كفيلا، ولو لم يأخذ، لا يكون مسيئًا.

واختلف المشايخ فيه: منهم من قال: ما ذكر فى رواية أبى حفص قول أبى حنيفة رحمه الله، وما ذكر فى رواية أبى سليمان قولهما، بناء على أن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى أخذ الكفيل للمجهول، وهما يريان ذلك، ومنهم من قال: فى المسألة روايتان، وهو الأصح،

ولكن ما ذكرنا في رواية أبي سليمان أحوط ، لجواز أن يظهر له مستحق آخر .

٩٨٩٣- وإن لم يكن للمدعى بينة ، وأقر العبد أنه عبده ، دفعه إليه ، وأخذ منه كفيلا ؛ لأن العبد مع المدعى تصادقا على أنه ملك المدعى ، ولا منازع ههنا . ولم يذكر في الكتاب أن القاضي يتخير في الدفع إليه ، أو يجب عليه الدفع ، إنما ذكر دفعه إليه ، وقد اختلف المشايخ فيه ، وإنما يأخذ الكفيل ههنا ؛ لأن الدفع إليه بما ليس بحجة عند القاضي ، فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل ، بخلاف الفصل الأول على إحدى الروايتين .

٩٨٩٤- فإن لم يجئ للعبد طالب ، وطال ذلك ، باعه القاضي ، وأمسك ثمنه ، ولا يؤاجره [بخلاف العبد الضال إذا جيء به إلى القاضي ، فالقاضي لا يبيعه ، بل يؤاجره][1] ؛ لأن الآبق لا يؤمن ثانيًا لو أجره ، ولو لم يبعه ، ربما يأتي نفقته على جميع ثمنه ، فكان البيع أنفع في حق المولى ، ولا كذلك الضال ، فإنه يؤمن منه الإباق ، فكان الإجارة ، وفيها إبقاء ملك العين على ملك المولى ، وذلك أنفع في حق المولى . ثم القاضي يرجع بما أنفق على الآبق مدة حبسه في ثمنه إن باعه ، وإن حضر مولاه ، يرجع عليه بذلك .

أخذ الآبق لمن يقدر على أخذه أفضل من الترك ، وفي أخذ الضال اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى .

(١) هذه العبارة وردت في النسخ التي في أيدينا .

الفصل الثانى
فى بيان مقدار الجعل

٩٨٩٥- إذا أخذ آبقًا، ورده على مولاه، إن أخذه من مسيرة سفر، أو أكثر، وقيمته أكثر من أربعين درهمًا، فله أربعون درهمًا، لا يزاد عليه. وإن كان قيمته [أربعين ينقص من الأربعين درهم عند محمد، وهو قول أبى يوسف الأول، وفى قوله الآخر: له الجعل كاملا؛ لأن وجوب الجعل عرف بإيجاب الصحابة، وهم أوجبوا أربعين درهمًا من غير أن تعرضوا لقيمة العبد.

[وإن كانت قيمة][1] دون أربعين درهمًا، فعلى قول محمد، وهو قول أبى يوسف الأول: يحط عن قيمته درهم، ويجب الباقى، حتى إذا كانت قيمته عشرة دراهم يجب تسعة دراهم. وعلى قول أبى يوسف الآخر: يجب الجعل كاملا. وروى عن أبى يوسف رواية أخرى: فيما إذ كانت قيمته أربعين، أنه ينقص من الجعل ما يقطع فيه اليد.

وإن كان الأخذ فى المصر، أو خارجًا منه، ولكن مما دون مسيرة سفر، يرضخ له. هكذا ذكر فى الأصل.

٩٨٩٦- وفى "المجرد" عن أبى حنيفة: إذا وجده فى المصر، فلا شىء له. ثم إذا وجب الترضيخ إن اصطلح الراد والمردود عليه على شىء، فللراد ذلك، وإن اختصما عند القاضى، فالقاضى يقدر الرضخ على قدر المكان. هكذا قاله بعض المشايخ. وتفسيره: أنه وجب للراد من مسيرة ثلاثة أيام أربعون درهمًا، فيكون بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم، فيقضى بذلك إن رده من مسيرة يوم. وإليه أشار فى الكتاب: وبعضهم قالوا: يفوض إلى رأى الإمام، وهذا أيسر بالاعتبار.

٩٨٩٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": والحكم فى رد الصغير، كالحكم فى رد الكبير [إن رده من مسيرة السفر، فله أربعون درهمًا، وإن كان رده مما دون مسيرة السفر، فله الرضخ، ويرضخ فى الكبير][2] أكثر مما يرضح فى الصغير، إن كان الكبير أشدهما مؤنة.

قالوا: وما ذكر من الجواب فى الصغير محمول على ما إذا كان صغيرًا لايعقل الإباق فهو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا كلها دون الأصل.

ضالّ، ورد الضالّ لا يستحق الجعل، وقد نص على هذا التفصيل فى " المنتقى " .

٩٨٩٨- وإذا كان الأبق بين رجلين، فالجعل عليهما على قدر انصباءهما ، فإن كان أحد المولين حاضراً، والآخر غائبًا، فليس للحاضر أن يأخذه، حتى يعطيه جعله كله، وإذا أعطاه لم يكن متطوعًا؛ لأنه مضطر فى أداء حصة صاحبه. وهو نظير المشتريين صفقة واحدة إذا أدى أحدهما كل الثمن. وإن كان الآبق لرجل والراد له رجلان، فالجعل بينهما على السواء.

٩٨٩٩- وإن كان الأبق رهنًا، فجاء به رجل، فهو رهن على حاله، والجعل على المرتهن إن كان قيمته مثل الدين، فإن كان أكثر، فبقدر الدين عليه، والباقى على الراهن؛ لأن الجعل للراد بسبب إحياء المالية، والإحياء بقدر الدين جعل للمرتهن.

ألا ترى أنه لو لم يرده حتى تحقق التوى، يسقط دين المرتهن، والجعل يخالف النفقة. فإن نفقة المرهون على الراهن، وجعل المغصوب إذا أبق من يد الغاصب على الغاصب.

٩٩٠٠- وإذا كان الآبق خدمته لرجل، ورقبته لرجل، فالجعل على صاحب الخدمة؛ لأن منفعة الرد فى الحال لصاحب الخدمة، فكان هو المخاطب بالجعل فى الحال. فإذا انقضت الخدمة رجع صاحب الخدمة بالجعل على صاحب الرقبة، أو يباع العبد فيه؛ لأن صاحب الرقبة صاحب أصل.

٩٩٠١- ولمن جاء بالعبد الآبق أن يمسكه، حتى يستوفى الجعل؛ لأنه استوجب الجعل بإحياء المالية، فكان المال استوجب تعلقًا بالمالية، فيحبسه كما يحبس البائع المبيع بثمنه.

وإن هلك فى يده بعد ما قضى القاضى له بالإمساك بالجعل، أو قبل المرافعة إلى القاضى، فلا ضمان، ولا جعل.

وإذا صالح الذى جاء بالآبق مع مولاه من الجعل على عشرين درهمًا، جاز؛ لأنه يجوز بدون حقه. وإن صالح على خمسين درهمًا، ولا يعلم أن الجعل أربعون، جاز بقدر أربعين، وبطل الفضل.

٩٩٠٢- وإذا أبقت الأمة، ولها صبى رضيع، فردهما رجل، فله جعل واحد. وإذا رجع الموهوب فى الهبة بعد ما رد الموهوب عن إباقه، فالجعل على الموهوب له؛ لأن الرد إحياء المالية له بالرد، فزال ملكه بعد ذلك بالرجوع، كزوال ملكه بموت العبد -والله أعلم-.

الفصل الثالث
فيمن يستحق الجعل، ومن لا يستحق

٩٩٠٣- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": راد المكاتب لا يستحق الجعل؛ لأن استحقاق الجعل بالرد لإحياء مالية الرقبة بالرد، وذلك لا يوجد فى المكاتب؛ لأن حق المولى فى بدل الكتابة فى ذمته خاصة، ولا يصير ذلك على شرف الهلاك بأباقه، حتى يكون فى الرد أجنبيًا.

٩٩٠٤- ولراد المدبر، وأم الولد الجعل. وهذا الجواب مشكل فى أم الولد؛ لأن الجعل يستحق بإحياء المالية، ولا مالية لأم الولد، خصوصًا عند أبى حنيفة. والجواب ليس لها مالية باعتبار الكسب، فإنه أحق بكسبها، وقد أحياه الراد بالرد، بخلاف المكاتب؛ لأن كسب المكاتب لاحق للمولى فيه، فالراد بالرد لا يحيى مالية المولى، لا باعتبار الرقبة، ولا باعتبار الكسب.

٩٩٠٥- ولا جعل للموصى إذا رد عبد اليتيم. وكذلك كل من يعول صغيرًا. ولا جعل للسلطان إذا رد آبقًا، لأنه فعل ما هو واجب عليه. وكذلك راه بان وشحنه كاروان إذا رد المال من بين أيدى القطاع، لا شىء لهما.

٩٩٠٦- ولا جعل للابن إذا رد آبقًا لأبيه، وللأب الجعل إذا رد آبقًا للابن إذا لم يكن الأب فى عيال الابن، وهذا لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة فى حق المولى، وخدمة الأب مستحقة على الابن، وإقامة ما هو مستحق على الإنسان لا يقابل بالأجر. فأما خدمة الابن غير مستحقة على الأب، فيجوز أن يقابل بالأجر، إلا أن الأب إذا كان فى عيال الابن، لا يستحق الجعل؛ لأن آبق الرجل يطلبه من هو فى عياله عادة، ولهذا ينفق عليهم، فلا يستحق مع ذلك جعلا آخر.

وفى البقالى: روى أن الأب لا يستحق الجعل، والابن يستحق، ولا يستحق أحد الزوجين الجعل على صاحبه برد آبقه، والآخ يستحق الجعل على أخيه استحسانًا، إذا لم يكن الراد فى عيال المردود عليه.

٩٩٠٧- ولو جاء بالعبد الآبق ليرده على المولى، فوجده قد مات،. فله الجعل فى تركته، وإن لم يكن له مال سوى العبد بيع العبد، وبدى بالجعل. وإن كان الذى جاء به وارث

الميت، فلا يخلو إما أن يكون ولده، أو لم يكن ولده، ولكن كان في عياله، أو لم يكن ولده، ولم يكن في عياله، إن لم يكن له ولد، ولم يكن في عياله، أجمعوا أنه لو أخذه في حال حياة المورث، ورده في حال حياة المورث، أن له الجعل، وأجمعوا على أنه لو أخذه بعد موت المورث، ورده، أنه لا جعل له. وأما إذا أخذه في حال حياة المورث، وجاء به إلى المصر في حال حياته أيضًا، إلا أنه سلمه بعد موته، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: أنه يجب الجعل له في حصة شركاءه، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجب.

وإن كان الراد ولد، أو لم يكن ولدًا، ولكن كان في عياله، لا يستحق الجعل على كل حال.

٩٩٠٨- رجل قال لغيره: إن عبدي قد أبق، فإن وجدته فخذه، فقال المأمور: نعم، فأخذه المأمور على مسيرة ثلاثة أيام، وجاء به إلى المولى، فلا جعل له؛ لأن المولى قد استعان منه في رده عليه، وقد وعد له الإعانة، والمعين لا يستحق شيئًا.

أخذ آبقًا من مسيرة سفر، وجاء به ليرده على المولى، فلما أدخله المصر أبق منه قبل أن ينتهي إلى مولاه، فأخذه رجل من المصر، ورده على المولى، فلا شيء للأول؛ لأن سبب استحقاق الجعل إحياء المالية بالرد على المولى، ولم يوجد من الأول الرد على قدر عناية؛ لأنهما تما السبب بالرد على المولى، ويجعل في حق المولى كأنهما رداه من مسيرة السفر، ذكره في "الأصل".

وفي "المنتقى": جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام، ليرده على المولى، فأخذه منه غاصب، وجاء به الغاصب إلى مولاه، ثم جاء الآخذ أول مرة، وأقام البينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام [وجاء به يوما، ثم أبق العبد][1]، أخذ الجعل ثانيًا من المولى، ورجع على الغاصب بما أخذ منه.

٩٩٠٩- وفيه أيضًا: أخذ آبقًا من مسيرة ثلاثة أيام، وجاء به يومًا، ثم أبق العبد عنه، وسار يوما نحو المصر الذي فيه المولى، وهو لا يريد الرجوع إلى المولى، فله جعل اليوم الأول والثالث، وهو ثلثا الجعل. ولو كان العبد من حين أبق من الذي أخذ، وجده مولاه، وأخذه، أو أبق من الذي أخذه، ثم بدا له، فيرجع إلى مولاه، فلا جعل للذي أخذه.

ولو كان العبد فارق الذي أخذ، وجاء متوجها إلى مولاه، لا يريد الإباق، فللأول جعل يوم. وفيه أيضًا: أخذ عبدًا آبقًا، ودفعه إلى رجل، وأمره أن يأتي به مولاه، ويأخذ منه

(١) هذه العبارة وردت في نسخة "ظ".

الجعل، فيكون له (يعني للمأمور)، فقدم به ودفعه إلى مولاه، وأخذ الجعل منه، يكون له. قال ثمه: وهو بمنزلة دين لرجل على رجل وهبه من رجل وأمره فقبضه.

٩٩١٠- وفي "الأصل": عبد أبق إلى بعض البلدان، فأخذه منه رجل، واشتراه منه آخر، وجاء به، لا جعل له؛ لأنه إنما رده لنفسه، فإن المشترى يكون قاصداً تملك المشترى، فيكون غاصبًا في حق المولى، لا عاملا له في الرد. فإن كان حين اشتراه أشهد إنما اشتراه ليرد على صاحبه؛ لأنه لا يقدر عليه إلا بالشرى، فله الجعل؛ لأنه بعد الإشهاد أظهر أنه في الرد عامل للمولى، ولا يرجع على المولى بما أدى من الثمن، قل أو كثر.

٩٩١١- وإن وهب له، أو أوصى له، أو ورثه، فالجواب فيه كالجواب في الشرى، لايستحق الجعل.

٩٩١٢- أخذ عبدًا آبقًا، وجاء به ليرده على المولى، فلما نظر إليه المولى، أعتقه، ثم أبق من يد الآخذ، كان له الجعل؛ لأن الإعتاق قبض معنى؛ لأنه إتلاف للمالية، فقد وصل العبد إلى المولى معنى، ألا ترى أن المشترى لو أعتق المشترى قبل القبض، صار قابضًا له، كذا ههنا.

ولو كان دبره، والمسألة بحالها، فلا جعل له؛ لأن التدبير ليس بقبض؛ لأنه لا يتلف بها المالية، فلم يصل العبد إلى يد المولى أصلا.

ولو كان الأخذ حين سار به ثلاثة أيام أبق منه قبل أن يأتي به إلى المولى، ثم أعتقه المولى، فلا جعل له؛ لأنه المولى لم يصر قابضًا من يد الآخذ، لأنه حين أعتقه، لم يكن في يد الآخذ.

ولو جاء به إلى مولاه، فقبضه، ثم وهبه منه، فعليه الجعل. ولو وهبه منه قبل [أن يقبضه][1]، فلا جعل له؛ لأنه لم يصل إلى المولى من جهته، لا بصورته، ولا بمعناه. ولو باعه المولى قبل أن يقبضه [فلا جعل][2] عليه؛ لأنه وصل إلى المولى عوضه، فصار كما وصل إليه عينه. هذه الجملة في العون.

قال شمس الأئمة الحلواني: الراد إنما يستحق الجعل إذا أشهد عند الأخذ، إنما أخذه ليرده على المالك. أما إذا ترك الأشهاد، لا يستحق الجعل، وإن رده على المالك.

---

(١) هكذا ورد في النسخ الباقية التي عندنا، ولكن وردت في الأصل: قبل القبض.

(٢) هكذا ورد في نسخة "ف" ونسخة "م"، وورد في الأصل: فله الجعل مكان: فلا جعل.

الفصل الرابع
فى بيان وجوب الضمان على الآبق

٩٩١٣- إذا مات الآبق عند الآخذ، أو أبق منه قبل أن يرده على المولى، فإن كان حين أخذ أشهد أنه إنما أخذه للرد على صاحبه، لا ضمان عليه. وكذلك إذا قال وقت الأخذ: هذا آبق قد أخذته، فمن وجد له طالبًا فليدله عليه، فهذا إشهاد، ولا ضمان عليه؛ لأنه وجد منه الإشهاد.

قال شمس الأئمة الحلوانى: وليس من شرط الإشهاد أن يكرر ذلك، والمرة تكفى بحيث لا يقدر أن يكتم إذا سئل، وهذا فى اللقطة.

وأما إذا ترك الإشهاد وكان الإشهاد ممكنًا، كان عليه الضمان عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف، وهذا إذا علم كونه آبقًا، فالقول قوله، والآخذ ضامن إجماعًا؛ لأن سبب وجوب الضمان قد ظهر من الأخذ، وهو أخذ مال الغير بغير إذنه، فهو يدعى المسقط، وهو الإذن شرعًا بكون العبد آبقًا.

٩٩١٤- وإذا أخذ عبدا آبقًا، فادعاه رجل، وأقر له العبد، فدفعه إليه بغير أمر القاضى، فهلك عنده، ثم استحق آخر بالبينة، فله أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الدافع رجع به على القابض، وإن كان لم يدفع إلى الأول حتى شهد عنده شاهدان أنه عبده، فدفعه إليه بغير حكم، ثم أقام الآخر البينة أنه له، قضى به للثانى؛ لأن بينة الأول قامت فى غير مجلس الحكم، فلا تكون معارضة للبينة التى قامت فى مجلس الحكم، فإن أعاد الأول البينة لم ينفعه أيضًا؛ لأن العبد فى يده، وبينة ذى اليد فى الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج.

٩٩١٥- وإذا أخذ عبدا آبقًا، وباعه بغير أمر القاضى حتى لم يصح البيع، وهلك العبد فى يد المشترى، ثم جاء رجل، وادعاه، وأقام بينة أنه عبده، فالمستحق بالخيار، إن شاء ضمن المشترى، وعند ذلك يرجع المشترى بالثمن على البائع، فإن شاء ضمن البائع قيمته، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع، ويكون الثمن له، ويتصدق بما فضل على القيمة من الثمن؛ لأنه ربح حصل، لا على ملكه بسبب كسب خبيث -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الخامس
فى الاختلاف الواقع فى الإباق

٩٩١٦- إذا أنكر المولى أن يكون عبده آبقًا، فلا جعل للراد، إلا أن يشهد الشهود أنه أبق من مولاه، أو على إقرار المولى بإباقه.

٩٩١٧- وإذا أبق العبد، وذهب بمال المولى، فجاء به رجل، وقال: لم أجد معه شيئًا، فالقول قوله، ولا شيء عليه، ولا يكون وصول يده على العبد[1] دليلا على وصول يده إلى المال، ما لم يعلم كون المال فى يد العبد حين أخذ العبد، فالمولى يدعى عليه ذلك، وهو ينكر، فيكون القول قوله، كما لو ادعى عليه أنه غصبه مالا آخر، وهو ينكر.

فإن اتهم رب المال، فله أن يستحلفه على ذلك؛ لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، فيقوم مقام إقراره -انتهى- والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) ورد فى نسخة "م": إلى العبد.

الفصل السادس
فى تصرفات الآبق

٩٩١٨- بيع الآبق من أجنبى ، أو من ابن صغير له لا يجوز ، وبيعه ممن فى يده يجوز ، وهبته من الأجنبى لا يجوز ، وإن وهبه من ابن صغير له إن كان متردّدًا فى دار الإسلام يجوز ، وإن كان أبق إلى دار الحرب ، اختلف فيه المشايخ . وروى قاضى الحرمين عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه يجوز[1] ، ويجوز إعتاقه عن كفارة ظهار .

٩٩١٩- ولو وكل المولى رجلا بطلب الآبق ، وأصابه الوكيل ، وهو لا يعلم به ، ثم باعه المولى من إنسان ، ولا يعلم البائع والمشترى ، أن الوكيل أصابه ، فالبيع باطل حتى يعلم أن الوكيل أصابه . وإن أخذ الآبق رجل وأجره ، وأجره الأخذ ، فالأجرة له ؛ لأنها وجبت بعقده ، ويتصدق بها ؛ لأنها حصلت بكسب خبيث ، فإن دفعها إلى المولى مع العبد ، وقال : هذه غلة عبدك ، وقد سلمت لك ، فهو للمولى ، ولايحل للمولى أكلها قياسًا ؛ لأن حق العبد أثبت فيها حين وجب التصدق ولاتملك الآخذ إسقاطها ، ولا يحل استحسانًا ؛ لأن الخبث [إنما تمكن فيها لعدم رضاء المولى ، فإنما يظهر ذلك فى حق الآخذ لا فى حق المولى ليزول الخبث][2] عند التسليم إلى المولى -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

---

(١) هكذا وردت هذه العبارة فى الأصل و نسخة "ظ" ، ووردت فى نسختى "ف" و "م" : أنه لا يجوز .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

كتاب المفقود

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : فى تفسير المفقود وحكمه .
الفصل الثانى : فى التصرفات فى مال المفقود .
الفصل الثالث : فى الخصومة فى الميراث ، وفى ورثة المفقود .

الفصل الأول
في تفسير المفقود وحكمه

فأما تفسيره : ما ذكره محمد في "الأصل" : الرجل يخرج في وجه، فيفقد، ولا يعرف موضعه، ولا يستبين أمره، ولا موته، أو أسره العدو، فلايستبين موته، ولا قتله.

وأما حكمه : فما ذكره محمد في الكتاب أنه يعتبر حيا في حق نفسه حتى لايقسم ماله بين ورثته، ولا تتزوج امرأته، ولا يحكم القاضي بشيء من أمره حتى يثبت موته، أو قتله. ويعتبر ميتًا في حق غيره حتى لا يرث أحدًا من أقرباءه إذا مات.

ومعنى قوله : لا يرث أحدًا من أقرباءه، إن نصيب المفقود من[1] الميراث لايصير ملكًا للمفقود، أما يوقف للمفقود نصيبه من ميراث من مات من أقرباءه، وهذا لأن حياة المفقود محتملة، والمحتمل يكفي للتوقف، كما في الجنين، فإن ظهر حيّا، ظهر أنه كان مستحقًا، وإن لم يظهر حيّا حتى بلغ من السن ما قال في الكتاب، على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتًا.

٩٩٢٠- قال مشايخنا : مدار مسائل المفقود على حرف واحد : أن المفقود يعتبر حيّا في ماله، ميتًا في مال غيره حتى تنقضي من المدة ما يعلم أن مثله لا يعيش إلى تلك المدة، أو تموت أقرانه، وبعد ذلك يعتبر ميتًا في ماله يوم تمت المدة، أو مات الأقران.

وفي مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فقد، حتى إنه إذا فقد الرجل، ثم مات ابنه، ولهذا الابن أخ لأمه، وللمفقود عصبة، فخاصم أخ الابن عصبة المفقود، ينظر إن كان الابن قد مات قبل أن يموت أقران المفقود، فإن جميع مال المفقود لعصبة المفقود، حتى من مات من أقران المفقود، ولا يكون للابن من ذلك شيء ؛ لأنا حكمنا بحياته بعد موت الابن في حق نفسه، ولا يكون للمفقود من ميراث الابن شيء ؛ لأنا اعتبرناه ميتًا في حق غيره، ولكن يوقف نصيب المفقود من مال الابن إلى أن يظهر حال المفقود ؛ لأنه احتمل أن يكون حيّا، فيكون له الميراث من ابنه، واحتمل أن يكون ميتًا، فلا يكون له الميراث من ابنه، بل يكون ميراث الابن لأخيه.

٩٩٢١- وإن ظهر المفقود حيّا، فما وقف يكون له، وإن لم يظهر حيّا، حتى مات

---

(١) ورد في نسخة "ظ" : إن نصيب المفقود من المفقود من الميراث.

أقرانه ، فما وقف للمفقود من مال الابن يكون ميراثًا لأخ الابن ؛ لأنا تيقنا بكون الأخ وارثًا وقت موت الابن ، وشككنا فى كون المفقود وارثًا ، فكان جعله ميراثًا لمن كان وارثًا له بيقين أولى .

وإن كان أقران المفقود قد مات قبل موت الابن ، فميراث المفقود صار للابن حكمًا بموت المفقود ، والابن حى ، فيكون ميراثه للابن ، وإذا مات الابن ، يكون ميراثًا لورثة الابن ، فهذا هو حاصل ما ينبى عليه مسائل المفقود .

٩٩٢٢- ثم طريق ثبوت موت المفقود إما البينة ، أو موت الأقران .

وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضى من فى يديه المال خصمًا عنه ، أو ينصب عنه قيما ، فيقبل عليه البينة .

وأما موت الأقران ، فهو المذكور فى الكتاب عن محمد : ويشترط موت جميع الأقران ، ما بقى واحد من أقرانه لا يحكم بموته .

٩٩٢٣- ولم يذكر أنه يعتبر موت جميع أقرانه فى جميع البلدان ، أو فى بلد المفقود . واختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يعتبر موت أقرانه من أهل بلده ، وهذا القول أرفق بالناس ؛ لأن التفحص عن حال أقرانه فى جميع البلدان ، إما غير ممكن ، أو فيه حرج ظاهر .

ولم يعتبر محمد فى موت المفقود وحياته السن ، والمشايخ اعتبروا ذلك ، فالمتقدمون من المشايخ بعد محمد قد روا عمره بمائة وعشرين سنة ، وقالوا : متى مضى من مولده مائة وعشرين سنة ، فإنه يحكم بموته ، وإن بقى بعض أقرانه فى الأحياء ، ولا يحكم بموته قبل ذلك وإن مات جميع أقرانه .

وعن نصير بن يحيى : أنه قدره بمائة سنة ، وهو المروى عن أبى يوسف ، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل . والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد قد رآه بتسعين سنة ، قال : لأن الأعمار قد قصرت فى زماننا . قال الصدر الشهيد حسام الدين : وعليه الفتوى .

قال شيخ الإسلام فى شرحه : قول محمد أحوط وأقيس ؛ لأن ما مضى ما قالوا من المدة إن دل على موته ، فبقاء من بقى من أقرانه بعد مضى هذه المدة يدل على حياته ، فيقع التعارض بين دليل الحياة وبين دليل الموت ، ولا يثبت الموت مع التعارض ، ومتى اعتبرنا بموت أقرانه ، فإنما يثبت موته بدليل لا تعارض فيه . وما قاله المشايخ أرفق بالناس ؛ لأن التفحص عن حال أقرانه أنهم ماتوا ، أو لم يموتوا ، إما غير ممكن ، أو فيه حرج .

٩٩٢٤- وإذا أوصى رجل للمفقود بشيء لم أقض بها له ، ولم أبطلها ؛ لأن الوصية أخت الميراث ، وفى الميراث يحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله ، كذا ههنا -والله أعلم- .

الفصل الثانى
فى التصرفات فى مال المفقود

٩٩٢٥- قال محمد: ما يخاف عليه الفساد من مال المفقود، فالقاضى يبيعه، وما لايخاف عليه الفساد، فالقاضى لا يبيعه، لا للنفقة ولا لغيرها، وهذا لأن ولاية القاضى على المفقود لضرورة الحفظ، وما لا يخاف عليه الفساد، فحفظه ممكن بدون البيع، فلا حاجة إلى البيع، ولا كذلك ما يخاف عليه الفساد.

٩٩٢٦- وإن أراد واحد من أقرباءه أن يبيع شيئًا من ماله لحاجة النفقة، إن كان المال عقارًا، فليس له ذلك بالإجماع، سواء كان البائع أبا أو غيره، وإن كان منقولا ليس من جنس حقه، كالخادم، والدابة ونحو ذلك، أجمعوا على أن غير الأب لا يملك البيع، والأم وغيرها فى ذلك على السواء، وأما الأب فلا يملك البيع قياسًا، وهو قولهما، وعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يملك البيع، وهو استحسان.

وجه القياس: أن جواز البيع يعتمد الولاية، ولا ولاية فى مال ولده الكبير. ألا ترى أنه لا تملك بيع عقار. وجه الاستحسان: وهو أن أثر الولاية فى مال ولده الكبير قائم، حتى صح منه استيلاد جارية الابن لحاجته إلى ذلك، والحاجة إلى النفقة لبقاء نفسه فوق الحاجة إلى الاستيلاد لبقاء نسله. وإذا بقى أثر ولايته، كان حاله كحال الوصى فى الولد الكبير الغاصب، وقد ثبت للوصى بيع العروض دون العقار، كذا ههنا.

٩٩٢٧- وإذا كان للمفقود عروض وديعة، أو دين، أنفق القاضى من ذلك على زوجته، وولده، وأبويه، إذا كان المودع مقرّا بالوديعة، والمديون مقرّا بالدين. وذكر هذه المسألة فى كتاب النكاح من الأصل، وشرط إقرارها بالنكاح والمال، وههنا لم يشترط إقرارهما بالنكاح، وليس فى المسألة اختلاف الروايتين، بل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع، موضوع ما ذكر فى النكاح أن النكاح والسبب لم يكن معلومًا للقاضى، فشرط إقرار صاحب اليد بها، وموضوع ما ذكر ههنا أن النكاح والسبب كان معلومًا للقاضى، فلم يشترط إقرارهما بالنكاح والنسب.

فإن أعطاهم الرجل شيئًا بغير أمر القاضى، فالمودع يضمن، والمديون لا يبرأ، وإن

أعطاهم الرجل بأمر القاضي، فالمودع[١] لا يضمن، والمديون يبرأ[٢]، وللقاضي أن ينصب وكيلا في جميع غلات المفقود، طلب الورثة ذلك، أو لم يطلبوا، ولهذا الوكيل أن يتقاضى ويقبض، ويخاصم من يجحد حقًا وجب بعقد جرى بينه وبين هذا الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة المالك، أما كل دين كان المفقود تولاه، أو نصيب كان له في عقار، أو عروض في يدي رجل، وحق من الحقوق، فإن هذا الوكيل لا يخاصمه، لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك في الخصومة في ذلك؛ لأنه وكيل بالقبض، والوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك.

قال في الكتاب: إلا أن يكون القاضي ولاه ذلك، ورأه، فأنفذ الخصومة بينهم، فحينئذٍ يجوز، علل فقال: إن هذا مما اختلف فيه القضاة، وهذا بناء على أنه ليس للقاضي أن يقضي على الغائب وللغائب، إلا إذا كان عنه خصم حاضر عندنا، ولو قضى ينفذ قضاءه؛ لكونه واقعًا في فصل مجتهد فيه. وكذا لا ينبغي للقاضي أن ينصب وكيلا عن الغائب وللغائب، ولو فعل ينفذ قضاءه بالإجماع؛ لما قلنا.

٩٩٢٨- ثم أشار ههنا إلى أن القضاء على الغائب وللغائب، نفاذه لا يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، وهذا إشارة إلى أن نفس القضاء ليس مختلفًا فيه، إنما المجتهد سبب القضاء، أن البينة هل هي حجة[٣] حال غيبة الخصم؟

وفي "شرح الجامع" مما علقته على والدي -تغمده الله بالرحمة-: أن نفس القضاء فيه مختلف فيه، فيتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، كما لو كان القاضي محدودًا في قذف.

٩٩٢٩- وإن ادعى رجل على المفقود حقًا لم يلتفت إلى دعواه، ولم تقبل منه البينة، ولم يكن هذا الوكيل، ولا أحد من الورثة[٤] خصمًا له. فإن رأى القاضي سماع البينة، وحكم به نفذ حكمه بالإجماع.

٩٩٣٠- وإذا رجع المفقود حيًا لم يرجع في شيء مما أنفق القاضي، أو وكيله بأمره على زوجته، وولده من ماله، ودينه عليه. وكذلك ما أنفقوا على أنفسهم من الدراهم والدنانير أو

---

(١) ورد في نسخة "ظ": فإن المودع.

(٢) ورد في نسخة "ظ": لا يبرأ.

(٣) ورد في نسخة "ظ": هل هي حجة إلى حال غيبة الخصم.

(٤) هكذا ورد في النسخ التي توجد عندنا، وورد في الأصل: البينة.

التبر في وقت حاجتهم إلى النفقة، أو ثياب لبسوها للكسوة، وطعام أكلوه، أما ما سوى ذلك من الأموال إذا باعوا لحاجتهم إلى النفقة، فقد مر تفاصيل ذلك .

٩٩٣١- وإذا فقد المكاتب، فترك أموالا، هل يؤدى مكاتبته من تركته؟ ينظر، إن كان ما ترك من المكاتب من خلاف جنس ما عليه، لا يؤدى، وإن علم القاضي بوجوب الدين عليه؛ لأنه لا يمكنه القضاء إلا بالبيع، وولاية القاضي في مال المفقود مقصورة على الحفظ، وإبقاء ما عليه، والبيع ليس من قبيل ذلك .

وإن كان [ما ترك المكاتب من جنس المكاتبة، وعلم القاضي بوجوب الدين عليه، وإن كان][1] لهذا المكاتب ابن حرمات هذا الابن، وترك ورثة، قسم ماله بين ورثته، ولم يحبس للمكاتب شيء؛ لأن المكاتب لا يرث شيئًا من ابنه، فلايكون في الوقف فائدة .

٩٩٣٢- وإذا كان المفقود قد باع خادمًا قبل أن يفقد، فطعن المشتري بعيب، وأراد أن يرد على ولد المفقود، فليس له ذلك؛ لأن الولد ليس بمالك، ولا عاقد، ولا نائب عمن هو مالك ولا عاقد، ولا يرد على غير هؤلاء .

وإن استحق هذا الخادم من يد المشتري، فالقاضي هل يؤدي إذا علم وجوب الثمن عليه؛ لأن الخادم لما استحق من يد المشتري، صار الثمن دينًا له على المفقود؟ فصار الجواب فيه كالجواب في سائر الديون .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الثالث
فى الخصومة فى الميراث

٩٩٣٣- وإذا مات الرجل، وترك ابنتين [وابنا مفقودًا، ولهذا الابن المفقود ابن ابنته، فالتركة فى يد الابنتين، والكل مقرّون][1] بأن الإبن مفقود، واختصموا إلى القاضى، فإن القاضى لا ينبغى أن يحرك المال عن موضعه هكذا ذكره فى "الأصل". ومعنى قوله: القاضى لا يحرك المال عن موضعه لا ينزع القاضى شيئًا من يد الابنتين؛ لأن النصف فيها فى أيديهما سار ميراثًا لهما بموت أبيهما بيقين لأن المفقود إن كان حيًّا، فلهما هذا القدر، وإن كان ميتًا، فلهما الثلثان، فالنصف لهما بيقين، والنصف الآخر لا خصم له؛ لأن ورثة المفقود لا يدعون ذلك لأنفسم، ولايكونون خصمًا عن المفقود؛ لأنه لا يدرى أنه حى، أو ميت، ولا يزال يد صاحب اليد إلا بمحضر من الخصم، بخلاف مال المفقود الذى يعلم أنه له؛ لأن حق أولاده ثابت فى ذلك المال باعتبار ملكه، فإنهم يستحقون النفقة [فى ملكه][2]، واستصحاب الحال لإبقاء ما كان على ما كان.

وكذلك إذا قالت الابنتان: قد مات أخونا، وقال ولد الابن: هو مفقود؛ لأن من فى يديه المال أقر لولد الابن ببعض ذلك، وولد الابن قد رد إقرارهما بقوله: أبونا مفقود.

٩٩٣٤- ولو كان مال الميت فى يدى ولدى الابن المفقود، فطلب الابنتان ميراثهما، واتفقوا أن الابن مفقود، فإنه يعطى لهما النصف؛ لأنهما يدعيان نصف ما فى يدى ولى المفقود، وقد صدقاهما فى ذلك، فيعطيان النصف من ذلك، والنصف الآخر يترك على يدى ولدى المفقود، من غير أن يقضى به لهما، ولابنهما؛ لأنه لا يرى من المستحق لهذا الباقى.

ولو كان مال الميت فى يدى أجنبى، فقالت الابنتان: مات أخونا قبل الأب، وقال ولد الابن: أنه مفقود، فإن أقر الذى فى يديه المال أنه مفقود، فإنه يعطى الابنتين من ذلك النصف؛ لأنهما يدعيان لأنفسهما الثلثان، وذو اليد أقر لهما بالنصف حين قال: أنه مفقود، فيعطيان النصف، والنصف الآخر يوقف فى يديه.

٩٩٣٥- ولو قال الذى فى يديه المال: إنه مات قبل الأب، فإنه يجبر على دفع الثلثين

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى فى أيدينا.

(٢) هكذا ورد فى "ف".

إلى الابنتين؛ لأن صاحب اليد صدقهما فيما ادعيا من ثلثى ما فى يديه، ويوقف الثلث الآخر على يديه؛ لأنه لا خصم له.

ولو كان الذى فى يديه المال أنكر أن يكون هذا المال للميت، فإن أقامت الابنتان بينة أن أباهم مات، وترك هذا المال ميراثًا لهما ولأخيهما المفقود، فإنه يقبل بينتهما؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن جميع الورثة فيما يدعى للميت، فينتصبان خصمًا عن جميع الورثة، فقبلت بينتهما، ويعطى لهما النصف الآخر، وينزع النصف الآخر من يد ذى اليد، فيوقف على يدى عدل؛ لأنه ظهر خيانة ذى اليد حين جحد المال للميت، ومال الغائب لا يترك فى يد الخائن، بخلاف ما لو كان أقر بذلك؛ لأنه لم يظهر خيانته، فيترك فى يديه إلى أن يظهر حال المفقود.

كتاب الغصب

هذا الكتاب يشتمل على خمسة عشر فصلا :

الفصل الأول
فى نفس الغصب

٩٩٣٦- فنقول : الغصب شرعًا أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان فى يده ، أو يقصر يده إن لم يكن فى يده .

٩٩٣٧- وإنه نوعان : نوع يتعلق به المأثم ، وهو ما وقع عن علم . ونوع لا يتعلق به المأثم ، وهو ما وقع عن جهل . والضمان يتعلق بهما جميعًا ؛ لأن الضمان لغير الحق ، والحق يفوت فى الحالين على نمط واحد .

وشرطه عند أبى حنيفة رحمه الله : كون المأخوذ منقولا ، وهو قول أبى يوسف الآخر ، حتى إن غصب العقار عند أبى حنيفة وأبو يوسف الآخر لا ينعقد موجب للضمان .

٩٩٣٨- استعمال عبد الغير غصب له ، حتى لو هلك من ذلك العمل ، ضمن المستعمل قيمته ، علم المستعمل أنه عبد الغير أو لم يعلم ، بأن جاء إليه ، وقال : أنا حر ، فاستعمله ، وهذا لما بينا أن ضمان الغصب لا يختلف بالعلم وعدمه .

وهذا إذا استعمله فى أمر من أمور نفسه ، أما إذا استعمله لا فى أمر نفسه ، فلايصير غاصبًا له ، فقد ذكرنا فى "فتاوى أهل سمرقند" أن من قال لعبد الغير : ارتق هذه الشجرة ، فانزع الثمرة لتأكله أنت ، فوقع من الشجرة ، ومات ، لم يضمن الآمر ، ولو قال : لآكل أنا ، وباقى المسألة بحالها ، ضمن ، وما افترقا إلا لأنه فى الفصل الأول ما استعمله فى أمر نفسه ، وفى الفصل الثانى استعمله فى أمر نفسه .

وسئل الإمام شمس الإسلام عن استعمال عبد الغير ، أو جارية الغير ، وأبق فى حال الاستعمال قال : هو ضامن بمنزلة المغصوب إذا أبق من يد الغاصب .

٩٩٣٩- ومن استعمل عبدا مشتركا بينه وبين غيره بغير إذن شريكه ، يصير غاصبًا نصيب شريكه .

وفى "أجناس الناطفى" فى آخر الجنس الأول من كتاب الدعوى : أن فى استعمال العبد المشترك بغير إذن شريكه روايتين عن محمد ، وروى هشام عنه : أنه يصير غاصبًا نصيب صاحبه ، وروى ابن رستم عنه أنه لا يصير غاصبًا . وفى الدابة يصير غاصبًا نصيب صاحبه فى الروايتين ركوبًا وحملا .

وورد في زماننا من هذا الجنس فتوى من بعض البلدان، وصورته: رجل كان يكسر الحطب، فجاء غلام رجل، وقال: أعطني القدوم والحطب، حتى [أكسر أنا، فأبى صاحب الحطب ذلك، فأخذ الغلام القدوم منه، وأخذ الحطب، وكسر بعضه وقال:][1] ائت بآخر حتى أكسر [فأتى][2] صاحب الحطب بحطب آخر، فكسره الغلام، وضرب بعض المكسور من الحطب على عين الغلام، وذهب عينه، فاتفق مشايخ زماننا أنه لا يكون على صاحب الحطب شيء؛ لأن صاحب الحطب لم يأمر الغلام بكسر الحطب، ولم يستعمله فيه، وإنما فعل ذلك باختياره، فلا يكون على صاحب الحطب شيء.

وسئل أبو بكر عمن وجه جاريته إلى النخاس ليبيعها، فبعثتها امرأة النخاس في حاجة، فهربت، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: الضمان على امرأة النخاس لا غير، وعلى قولهما: إن شاء ضمن النخاس أيضًا، كما عرف في الأجير المشترك.

٩٩٤٠- في "فتاوى أبي الليث": جارية جاءت إلى النحاس بغير إذن مولاها، وطلبت البيع، ثم ذهبت، ولا يدرى أين ذهبت، قال النخاس ردتها على المولى، فالقول قول النخاس، ولا ضمان [عليه][3]، ومعنى ذلك أن النخاس لم يأخذ الجارية، ومعنى الرد أمره إياها بالذهاب إلى منزل المولى. أما إذا أخذ النخاس الجارية من الطريق، أو ذهب بها من منزل مولاها بغير أمره لا يصدق.

٩٩٤١- ركب دابة رجل حال غيبته بغير أمره، ثم نزل عنها، وتركها في مكانها، ذكر في آخر كتاب اللقطة أن عليه الضمان، وذكر الناطفي في "واقعاته" اختلاف الروايات. ثم قال[4]: والصحيح أنه لا يضمن[5] على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل، وعن أبي يوسف في "المنتقى" نصًا أنه لا ضمان.

٩٩٤٢- وصورة ما ذكر في "المنتقى": رجل قعد على ظهر دابة رجل، ولم يحولها عن موضعها، وجاء رجل آخر، وعقرها، فالضمان على الذي عقرها، دون الذي ركب إذا لم

---

(١) أثبتت هذه العبارة من نسختي "ظ" و"ف".

(٢) هكذا ورد في نسخ "ف" و"ظ" و"م"، وورد في الأصل: فجاء.

(٣) هذه الكلمة وردت في "م".

(٤) هكذا ورد في الأصل و نسخة "ظ"، وورد في نسختي "ف" و"م": قال: ثمه.

(٥) ورد في نسخة "ظ": يضمن.

تعطب من ركوبه، إن كان جحدها قبل أن يعقرها، ومنعها من صاحبها، ولم يخرجها من موضعها، ثم عقرها هذا الآخر، فلصاحبها الخيار، يضمن أيهما شاء.

٩٩٤٣- قال: وكذلك كل من أخذ متاع إنسان فى دار صاحب المتاع، ثم جحده، فهو ضامن، وإن لم يخرجه من الدار، وإن لم يجحد، فلا ضمان عليه، إلا إذا هلك من فعله، وأخرجه من الدار، وهذا استحسان.

٩٩٤٤- وفيه عن أبى يوسف أيضًا: رجل دخل منزل رجل، وحول من بيت منه إلى بيت آخر من ذلك المنزل، أو إلى صحن ذلك المنزل متاعًا، وإنما يسكن المنزل الرجل وغلمانه، فضاع، ففى القياس هو ضامن، وفى الاستحسان: لا ضمان إذا كان هذا الموضع فى حرز مثله.

٩٩٤٥- وسئل قاضى القضاة شمس الإسلام محمود الأوزجندى عن إصطبل مشترك بين رجلين، لكل واحد منهما فيه بقر، دخل أحدهما الإصطبل ليشد بقر صاحبه، حتى لايضرب بقره، فتحرك البقر، وتخنق الحبل، ومات، قال: لا ضمان عليه إذا لم ينقله عن مكانه.

٩٩٤٦- السلطان إذا أخذ عينًا من أعيان رجل، ورهن عند رجل، فهلك عند المرتهن، إن كان المرتهن طائعًا، يضمن [ويكون للمالك خيار بين تضمين السلطان والمرتهن، ويبتنى على هذا الجانى الذى يقال له: بابكار إذا أخذ شيئًا وهو طائع، يضمن، وكذا الضراب إذا كان طائعًا يضمن](١)، وصار الضراب والجانى مجروحين فى الشهادة.

ذكر الصدر الشهيد فى الباب الأول فى الواقعات من وديعته: وقعت قلنسوة من رأس المصلى، ونحاها رجل، فإن وضعها حيث تناولها لا يضمن، وإن نحاها أكثر من ذلك يضمن.

فى "واقعات الناطفى": فى "العيون": رجل دخل منزل رجل بإذنه، وأخذ إناء من بيته بغير إذنه لينظر إليه، فوقع من يده، وانكسر، فلا ضمان عليه [إلا إذا كان نهاه صاحب البيت عن الأخذ قبل ذلك؛ لأنه مأذون فى أخذه دلالة، ألا ترى أنه لو أخذ كوز ماء وشرب منه، وسقط من يده، وانكسر](٢)، لا ضمان عليه.

٩٩٤٧- ولو أن سوقيًا يبيع أوانى من زجاج أو غيره، وأخذ آنية بغير إذنه لينظر إليها،

---

(١) هذه العبارة وردت فى نسخة "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وسقطت من يده، وانكسرت، ضمن؛ لأنه غير مأذون فى أخذه نصًا، ولا دلالة.

فى "فتاوى أهل سمرقند": تقدم إلى بياع الخزف، وأخذ منه عصارة بإذنه لينظر فيها، فوقعت العصارة من يده على عصارات أخر، وانكسرت العصارات، فلا ضمان فى المأخوذ، لأنها[1] مأخوذة بإذنه، ويجب ضمان الباقيات.

٩٩٤٨- شرع فى الحمام، وأخذ طاسا، وأعطاها غيره، فوقعت من يد الثانى، وانكسرت، فلا ضمان على الأول؛ لأن الأول إما أن يكون مستأجرًا، أو مستعيرًا، وللمستأجر أن يعير، وكذلك للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس فيها.

٩٩٤٩- فى "المنتقى": رجل عنده وديعة، وهى ثياب، فجعل المودع فيها ثوبًا له، ثم طلبها صاحب الوديعة، فدفع كلها إليه، فضاع ثوب المودع، فصاحب الوديعة ضامن له. قال ثمه: كل من أخذ شيئًا على أنه له، فهو ضامن.

٩٩٥٠- رجل أضاف رجلا، فنسى الضيف عنده ثوبًا، فأتبعه المضيف بالثوب، فغصب الثوب غاصب فى الطريق، قال: إن غصب فى المدينة، فلا ضمان على المضيف، وإن غصب خارج المدينة، فهو ضامن.

٩٩٥١- فى "نوادر ابن رستم": ضرب رجلا حتى سقط، ومات، ومع المضروب مال فتوى، قال محمد رحمه الله: الضارب ضامن للمال الذى كان مع المضروب، وكذلك يضمن ثيابه التى كانت عليه إذا ضاعت؛ لأنه هو الذى استهلك ذلك كله.

تعلق برجل، وخاصمه، فسقط من المتعلق به شىء، وضاع، ضمنه المتعلق.

٩٩٥٢- فى "فتاوى أهل سمرقند": بعث الرجل رجلا إلى القصار ليأخذ ثوبًا له، فدفع القصار إلى الرسول ثوبًا، فضاع الثوب من يد الرسول، وظهر أن الثوب لم يكن للمرسل، وإنما كان لغيره، قال: ينظر إن كان الثوب للقصار، فلا ضمان على الرسول، وإن كان لغير القصار، فرب الثوب بالخيار، إن شاء ضمن القصار، وإن شاء ضمن الرسول.

٩٩٥٣- فى غصب "المنتقى": بعث الرجل غيره إلى ماشيته، فأخذ المبعوث دابة الآمر، وركبها، فهلكت الدابة فى الطريق، إن كان بين الآمر والمبعوث انبساط فى أن يفعل مثل ذلك فلا ضمان، وإلا فهو ضامن؛ لأن هذا ليس معتادًا، فيصير به غاصبًا.

٩٩٥٤- فى "العيون": والخنصر اليمنى واليسرى سواء هو الصحيح.

٩٩٥٥- فى غصب "فتاوى أبى الليث رحمه الله": ارتهن خاتمًا، أو استودع خاتمًا،

---

(١) ورد فى نسخة "م": لأنها ماء مأخوذة.

فجعله في خنصره فضاع، فهو ضامن؛ لأن بعض الناس يجعلونه في اليمنى، والبعض يجعلونه في اليسرى. وإن جعله في البنصر، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه لا ضمان؛ لأن هذا ليس بلبس معتاد، بل هو للحفظ، فلا يصير به غاصبًا. وذكر شيخ الإسلام أنه ضامن، وسوى بين الخنصر والبنصر، والأول أصح. وإن جعله في خنصره فوق خاتم آخر، فالمروى عن محمد في بعض الروايات: أنه لا ضمان، فذكر له عن بعض السلاطين أنه يلبس الخاتم فوق الخاتم، فقال محمد: يلبسه للتختم، إشارة إلى أن هذا اللبس ليس للتزين، فلا يكون استعمالا، فلايكون غاصبًا. وفي آخر كتاب اللقطة: أن الرجل إذا كان معروفًا يلبس خاتمين للتزين، فهو ضامن، وإلا فلا يكون ضامنًا.

٩٩٥٦- وإن كان سيفًا، فتقلد، فإنه يكون[1] ضامنًا، وكذلك لو كان متقلدًا سيفًا، فتقلد بهذا، وإن كان متقلدًا سيفين، فتقلد بهذا، لا يضمن بالإجماع.

٩٩٥٧- سكران ذاهب العقل وقع ثوبه في الطريق، والسكران نائ؟؟؟ في الطريق، جاء رجل، وأخذ ثوبه ليحفظه، فهلك الثوب في يده، فلا ضمان. ولو كان الثوب تحت رأسه، والمسألة بحالها ضمن.

٩٩٥٨- في "فتاوى أهل سمرقند": إذا أخذ القلنسوة من رأس رجل، ووضعها على رأس رجل آخر، فطرحها الآخر من رأسه، فضاعت، إن كانت القلنسوة بمرأى عين من صاحبها، وأمكنه رفعها، وأخذها، فلا ضمان على واحد منهما؛ لأنه حصل الرد إلى المالك. وإن كان بخلاف ذلك، فصاحب القلنسوة بالخيار، إن شاء ضمن الآخذ، وإن شاء ضمن الطارح.

٩٩٥٩- زق انفتح، فمر به رجل، فإن لم يأخذه، ولم يدن منه، فلا ضمان عليه، وإن أخذه، ثم تركه، فإن كان المالك غائبًا، فهو ضامن، وإن كان حاضرًا، فلا ضمان، وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من كم غيره.

٩٩٦٠- في "فتاوى أبي الليث" عن خلف بن أيوب عن محمد بن الحسن: رجل أدخل دابته في دار رجل، فأخرجها صاحب الدار، فضاعت، فلا ضمان عليه. ولو وضع رجل ثوبًا في دار رجل، فرمى به صاحب الدار، فضاع، فهو ضامن؛ لأن كون الدابة في الدار ضرر لصاحب الدار، فهو بالإخراج يدفع الضرر عن نفسه، ولا كذلك كون الثوب في الدار.

---

(١) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخ "ظ" و"ف" و"م": وإن كان سيفا فتقلد، صار ضامنًا.

الفصل الثانى
فى حكم الغصب

٩٩٦١- فنقول : للغصب حكمان : أحدهما : وجوب رد العين مادام على حاله لم يتغير، قال عليه الصلاة والسلام : «على اليد ما أخذت حتى ترد»(١) .

٩٩٦٢- والتغير نوعان : قد يكون من حيث الزيادة، وقد يكون من حيث النقصان، وقد يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بغير فعله.

٩٩٦٣- قال محمد فى "الأصل" : إذا غصب من آخر ثوبًا، فصبغه أحمر، أو أصفر، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه أبيض، وكان الثوب للغاصب، وإن شاء، أخذ الثوب، وضمن الغاصب ما زاد الصبغ فى ثوبه ؛ لأن الصبغ مال متقوم للغاصب قائم فى الثوب، وتعذر إيصال منفعة كل واحد منهما إلى صاحبه على الانفراد، فلابد من ترجيح أحد الجانبين، فرجحنا جانب صاحب الثوب ؛ لأنه صاحب أصل.

فإن شاء، ضمنه قيمة الثوب أبيض، وترك الثوب عليه حتى لا يلزمه زيادة غرم، وهو قيمة الصبغ. وإن شاء أخذ الثوب، وضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيصل إلى مالك الثوب عين حقه، وإلى صاحب الصبغ مالية حقه. وفيه خيار آخر، وهو أن يترك الثوب على حاله، والصبغ على حاله، ويباع الثوب، ويقسم الثمن بينهما على قدر حقهما.

٩٩٦٤- وإن صبغه أسود، ثم جاء رب الثوب، كان له أن يضمن الغاصب قيمة الثوب الأبيض، وإن شاء أخذ الثوب، ولا شىء للغاصب، هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : السواد بمنزلة المعصفر، وهذا اختلاف عصر وزمان. وقيل : السواد يزيد فى قيمة بعض الثياب، وينقص من قيمة البعض، فإن كان المغصوب شيئًا ينقص بالسواد، فالجواب ما قال أبو حنيفة رحمه الله، وإن كان يزيد، فالجواب

---

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٣٥٦١) : باب فى تضمين العارية، والترمذى فى "سننه" (١٢٦٦) : باب ما جاء فى أنّ العارية مؤداة، وابن ماجه فى "سننه" (٢٤٠٠) : باب العارية، وأحمد فى "مسنده" (٢٠١٦٨)، والنسائى فى "الكبرى" (٥٧٨٣) : باب ذكر اختلاف شريك وإسرائيل على عبد العزيز، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٠٥٦٣)، والبيهقى فى "الكبرى" (١١٣٢٢) : باب من غصب لوحًا، والحاكم فى "مستدركه" (٢٣٠٢)، وابن الجارود فى "المنتقى" (١٠٢٤).

ما قالا .

ولم يذكر فى الباب ما إذا كان نقص المعصفر الثوب ، بأن كان قيمة الثوب ثلاثين ، فعادت قيمته إلى عشرين ، وقد يكون لون المعصفر نقصانًا فى الثوب .

وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى : أنه ينظر إلى قيمة الصبغ فى الثوب يزيد فيه ، فإن كان قيمته خمسة ، فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ، ويأخذ خمسة دراهم ؛ لأن صاحب الثوب استوجب على الغاصب عشرة ، والغاصب استوجب عليه قيمة الصبغ خمسة ، فصارت الخمسة بالخمسة قصاصًا ، بقى نقصان الثوب بقدر قيمة الخمسة بلا جائز . وكذلك السواد على هذا .

٩٩٦٥- ولو غصب ثوبًا من آخر ، وقصره ، كان لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب الأبيض ، ولا يضمن الغاصب شيئًا؛ لأنه لم يتصل بالثوب شيء من مال الغاصب .

٩٩٦٦- وإذا غصب سويقًا ولته بسمن ، ثم حضر المالك ، فله الخيار ، إن شاء ترك السويق عليه ، وضمنه قيمة سويقه . ذكر القيمة فى السويق مع أن السويق من ذوات الأمثال ، بعض مشايخنا قالوا : المراد من القيمة المذكورة فى الكتاب ، المثلى ، وإذا كان المراد حقيقة القيمة ، فهو محمول على ما إذا انقطع السويق .

وبعضهم قالوا : إن كان المراد حقيقة القيمة ، فهو محمول على الرواية التى لايجوز بيع السويق بمثله . فإن فى بيع السويق بمثله روايتين . وإن شاء أخذ السويق ، وضمن سمنًا مثل سمن الغاصب .

٩٩٦٧- وإذا غصب ثوبًا ، وقطعه قميصًا ، ولم يخطه ، فله أن يأخذ ثوبه ، وضمنه ما نقص القطع ، وإن شاء ترك الثوب عليه ، وضمنه قيمته . هذه المسألة تبتنى على مسألة آخرى ، : أن من خرق ثوبًا لغيره ، إن كان الخرق فاحشًا ، فصاحب الثوب بالخيار ، إن شاء ترك الثوب عليه ، وضمنه جميع قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ الثوب ، وضمنه النقصان. وإن كان الخرق يسيراً ، كان للمالك تضمين النقصان ، لاغير .

٩٩٦٨- واختلف المتأخرون فى الحد الفاصل بين الخرق الفاحش ، واليسير . بعضهم قالوا : إنه إن أوجب نقصان ربع القيمة ، فصاعداً ، فهو فاحش ، وإن كان دون ذلك ، فهو يسير . وقال بعضهم : إن أوجب نصف القيمة وما دونه يسير . وبعضهم قالوا : الفاحش مالا يصلح الثوب ، واليسير ما يصلح .

قال شيخ الإسلام المعروف بـ" خواهر زاده " : قالوا : ما ذكروا من التحديد من هذه

الوجوه الثلاث لا يصح ، بدليل قطع القميص ، فإن محمد أثبت لمالك الثوب الخياربعد قطع القميص على الوجه الذى قلنا ، والثوب بعد ما قطع قميصًا ، يصلح للقميص إن كان لا يصلح للقباء وأمثاله ، والساقط من القيمة أقل من النصف ، ومن الربع ، مع هذا اعتبره محمد فاحشًا ، والصحيح من الحد على ما قاله محمد : إن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين ، وبعض المنفعة ، بأن فات جنس منفعة ، ويبقى بعض العين ، وبعض المنفعة ، واليسير من الخرق مالا يفوت به شيئًا من المنفعة ، وإنما يفوت الجودة ، ويدخل به النقصان فى المالية .

قال شيخ الإسلام شمس الأئمة الحلوانى : وقد قيل : يرجع فى ذلك إلى الخياطين [وأهل الصناعة][1] ، إن عدوا ذلك نقصانًا فاحشًا ، فهو فاحش ، وإن عدوا ذلك نقصانًا يسيراً فهو يسير . وقال بعض : إن كان طولا ، فهو فاحش ، وإن كان عرضًا ، فهو يسير ، قال محمد رحمه الله : فالقول الأول أصح -والله أعلم- .

جئنا إلى مسألة قطع القميص:

٩٩٦٩- فنقول : قطع القميص خرق فاحش ؛ لأنه يفوت به بعض المنافع ، وفى الخرق الفاحش صاحب الثوب بالخيار ؛ لأنه استهلاك من وجه دون وجه ، فإن شاء مال إلى جهة الاستهلاك ، وضمنه القيمة ، وإن شاء مال إلى جهة القيام ، وضمنه النقصان .

٩٩٧٠- قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى : القطع أنواع ثلاثة : فاحش غير مستأصل للثوب وهو ما بينا ، والحكم فيه ما ذكرنا . وقطع يسير : وهو أن يقطع طرفًا من أطراف الثوب ، ولا يثبت فيه الخيار للمالك ، ولكن يضمنه النقصان . وقطع فاحش مستأصل الثوب : وهو أن يجعل الثوب قطعًا لا يصلح إلا للخرقة ، ولا يرغب أحد فى شراءه . وروى عن أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الفصل : أن للمالك الخيار ، إن شاء ترك القطع عليه ، وضمنه القيمة ، وإن شاء أخذ القطع ، ولا شىء عليه . وعندهما له أن يأخذ الثوب ، ويضمنه النقصان ، وهذه المسألة فرع مسألة الديات .

٩٩٧١- إذا قطع يدى عبد إنسان ، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى : والحكم الذى ذكرنا فى الخرق فى الثوب من تخيير المالك إذا كان الخرق فاحشًا ، وإمساك الثوب ، وأخذ النقصان إذا كان الخرق يسيراً ، فهو الحكم فى كل عين من الأعيان ، إلا فى الأموال الربوية ، فإن التعيب هناك فاحشًا كان ، أو يسيراً ، كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك

(١) هكذا ورد فى نسختى "ف" و "م" .

العين، ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلم العين له، وضمن له مثله، أو قيمته؛ لأن تضمين النقصان متعذر؛ لأنه يؤدى إلى الربا.

هذا إذا قطع الثوب قميصًا، ولم يخطه، فإن خاطه، ينقطع حق المالك عندنا.

٩٩٧٢- وإذا غصب دابة، وقطع يدها، أو رجلها، فلاخيار للمالك فيها، بل يضمنه القيمة، ويترك الدابة عليه. وكذلك لو كانت شاة أو بقرة، أو جزورًا، فذبحها، أو قطع يدها، أو رجلها، كان الجواب كذلك.

قال شمس الأئمة الحلوانى: ويستوى أن تكون الشاة للقصاب، أو لغيره، وهو الصحيح، وقد روى فى رواية أخرى: أن فى مأكول اللحم للمالك الخيار. ولم يذكر محمد فى مسألة الشاة ما إذا أراد المالك أن يأخذ الشاة بعد الذبح، ولايضمنه النقصان، هل له ذلك؟ وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أن له ذلك. قال شيخ الإسلام: ذكر محمد فى كتاب الغصب ما يدل على هذا، فإنه قال فيمن غصب عصيرًا فصار خلا عنده، ثم جاء المالك، كان بالخيار، إن شاء ضمن عصيرًا مثل عصيره، وإن شاء أخذ الخل. وبعد ما صار خلا لم يبقَ فيه شىء من منافع العصير، كالشاة بعد الذبح [ثم أثبت للمالك حق الأخذ إن شاء، فهذا يدل على أن فى الشاة المذبوحة له ذلك، لأن الذبح][1] والسلخ زيادة، قال شمس الأئمة الحلوانى: والصحيح أنه ليس له ذلك.

٩٩٧٣- وفى "المنتقى": هشام عن محمد: رجل قطع يد حمار، أو رجل حمار، وكان لما بقى قيمة، فله أن يمسك، ويأخذ النقصان. وإن ذبح حمار إنسان ذبحًا، فقال صاحبه: إنى أضمنه النقصان، وأسلم إليه الحمار، فإن كان لجلد الحمار ثمن، فله ذلك، وإن كان قبله، فليس له ذلك، قال هشام: لأن ذبحه بمنزلة الدباغ.

٩٩٧٤- وفى "النوادر": إذا قطع أذن الدابة، أو بعضه، يضمن النقصان [وجعل قطع الأذن من الدابة نقصانًا يسيرًا، وكذلك لو قطع ذنبها، يضمن النقصان][2].

٩٩٧٥- وعن شريح رضى الله تعالى عنه أنه إن قطع ذنب حمار القاضى، يضمن جميع القيمة، وإن كان لغيره، يضمن النقصان لا غير.

٩٩٧٦- استهلك قلب فضة إنسان، وأحرقه، يضمن قيمته مصوغًا؛ لأن الصياغة فى مال الربا يضمن مع المثل بالإتلاف، كالجودة، ولا يمكن إيجاب قيمته مصوغًا من جنسه؛ لأنه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هذه العبارة أثبتت من نسخة "ظ".

ربا، ولا يمكن إيجاب مثله مصوغًا؛ لأنه ليس من ذوات الأمثال، فتعين إيجاب القيمة مصوغًا من خلاف الجنس.

٩٩٧٧- وإن وجده صاحبه مكسورًا، فهو بالخيار؛ لأن الكسر عيب فاحش، فإن رضى به، لم يكن له فضل ما بين المكسور، والصحيح؛ لأنه ربا. وإن أراد أن يضمن الغاصب قيمته، ضمنه قيمته مصوغًا من الذهب، وكذلك كل إناء مصوغ كسره رجل، إن كان من فضة، فعليه الذهب، وإن كسر درهمًا، أو دينارًا، فعليه مثله، والمكسور للكاسر، قال شيخ الإسلام: قال مشايخنا: هذا إذا كان الكسر ينقص من ضربه، فأما إذا كان الكسر لا ينقص من ضربه، فليس له إلا ذلك المكسور؛ لأن ما هو المقصود من الدراهم والدنانير قام بعد الكسر على حالة لم تنقص، وهذا كما قلنا فيمن كسر رغيف إنسان: ليس لصاحبه إلا المكسور؛ لما قلنا، كذا ههنا. قال شمس الأئمة السرخسى: عليه مثله، وإن شاء صاحبه أخذه، ولم يرجع عليه بشىء، سواء انتقصت ماليته بالكسر، أو لم يتنقص.

٩٩٧٨- غصب من آخر جارية شابة، وكانت عنده، حتى صارت عجوزة، فإن لصاحبها أن يأخذها وما نقصها، وكذلك لو غصب غلامًا شابًا، فكان عنده حتى هرم أخذه صاحبه، وما نقصه. وهذا إذار كان النقصان يسيرًا، فإن كان فاحشًا، يخير المالك بين الأخذ والترك، عليه أكثر المشايخ.

٩٩٧٩- ولوغصب صبيًا فشب عنده، أو نبت شعر وجهه عنده، فصار ملتحيًا، أخذه صاحبه، ولا يضمنه شيئًا، ولو غصب جارية ناهدة الثديين، فانكسر ثديها عندها، ضمن النقصان. ولو غصب عبدًا محترفًا، فنسى ذلك عند الغاصب، كان ضامنًا للنقصان. ولو غصب ثوبًا، فعفن عنده، أو اصفر، أخذه المالك، وما نقصه. هذا إذا كان النقصان يسيرًا، فأما إذا كان كثيرًا، يخير بين الأخذ والترك.

٩٩٨٠- وإن كان المغصوب مكيلا، أو موزونًا، فعفن عند الغاصب، فعليه مثله، وهذا الفاسد للغاصب، وإن شاء أخذ الطعام العفن، ولا شىء عليه. وإنما كان كذلك؛ لأن تضمين النقصان فى المكيلات والموزونات يؤدى إلى الربا؛ لأنه يصل إليه مثل وزنه وكيله وزيادة، فتكون الزيادة بإزاء الجودة، والجودة فى مال الربا لا قيمة لها بانفرادها، والاعتياض عما لاقيمة له ربا، وفى الثياب لا يكون ربا؛ لأن الزيادة تكون بإزاء الجودة، والاعتياض عن الجودة فى الثياب جائز.

٩٩٨١- غصب فضة، فضربها دراهم، أو صاغها إناء، أو غصب ذهبًا، فضربه دنانير،

أو صاغه إناء، قال أبو حنيفة رحمه الله : لا ينقطع حق المالك، بل أخذ الذهب والفضة، ولا أجر للغاصب، وقال أبو يوسف ومحمد : ينقطع حق المالك، ويعطيه مثل ذهبه وفضته . وإن غصب دراهم، وسبكها، لم يضرب منه شيئًا، فإنه لا ينقطع حق المالك بلا خلاف .

ووجه قول أبي يوسف ومحمد أنه أحدث صنعة متقومة، واستهلك المغصوب من وجه، أما إذا ضربها دراهم ؛ لأنه كسرها ؛ لأن ضربة الدراهم لايتأتى إلا بعد الكسر . وأما إذا صاغها إناء، فلأنه أخرجها من الثمنية ؛ لأن قبل هذا لايتعين بالتعيين، والآن يتعين، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : الاستهلاك لم يوجد، ومجرد الصنعة بدون الاستهلاك من وجه لايوجب انقطاع حق المالك .

وإنما قلنا : لم يوجد الاستهلاك ؛ لأن الاستهلاك من وجه بتفويت بعض الأعيان، أو بتفويت جنس المنفة، وبضرب الفضة دراهم لم يفت شيء من العين ؛ لأن قيام العين فى الذهب والفضة بقيام الوزن، والوزن على حاله، ولم يفت جنس المنفعة ؛ لأن منفعتها الثمنية، والثمنية قد ازدادت بالضرب دراهم، وكذلك بجعلها إناء لم يفت العين، ولم تفت الثمنية، بل انتقصت معنى الثمنية، والنقصان لا يقطع حق المالك .

٩٩٨٢- ولو غصب صفرًا، وجعله كوزًا ينقطع حق المالك، وكان الكرخى يقول : هذا إذا كان بعد الصنعة لا تباع وزنًا، أما إذا كان يباع وزنًا ينبغى أن لا ينقطع حق المالك عند أبى حنيفة رحمه الله، كما فى النقرة . وقال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى : الصحيح أن الجواب مطلق، بخلاف النقرة عند أبى حنيفة رحمه الله .

٩٩٨٣- وإن كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره، أو قبل أن يقضى له بالقيمة، فإن عليه قيمة الكوز صحيحًا، ويأخذ الكوز . قال شمس الأئمة الحلوانى : ولا تقع المقاصة بين الضمانين ؛ لأن ما وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل ؛ لأنه يضمنه مثل وزنه من الصفر، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة، وهو قيمة الكوز، فكانا من جنسين، فلا تقع المقاصة .

قال فى الكتاب : إلا أن يحاسبه بما عليه . بعض مشايخنا قالوا : مراده من هذا إن اصطلحا على ذلك، فيكون استبدالا، فيجوز، أما بدون ذلك لا يجوز، لما بينا أن ما وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة . وبعض مشايخنا قالوا : تأويله إذا كان المغصوب صفرًا ليس له مثل حتى وجب قيمة الصفر، فتقع المقاصة .

٩٩٨٤- غصب من آخر مصحفًا، ونقطه فهو زيادة، وصاحبه بالخيار، إن شاء أعطاه ما زاد ذلك فيه، وإن شاء ضمنه غير منقوطة، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه يأخذه بغير شيء، كرجل غصب غلامًا، وعلمه الكتاب.

٩٩٨٥- في غصب "المنتقى": غصب من آخر كاغذة، وكتب عليها، ذكر شيخ الإسلام أنه ينقطع حق المالك، وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام على السغدى فيه اختلاف المشايخ، قال: والصحيح أنه لا ينقطع.

٩٩٨٦- غصب من آخر قطنا، وغزله، ونسجه، أو غصب غزلا فنسجه، ينقطع حق المالك. ولو غصب قطنًا، وغزله، ولم ينسجه، ففيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه ينقطع.

٩٩٨٧- غصب حنطة، وطحنها، فقول أبى حنيفة ومحمد فيها معروف. وعن أبى يوسف ثلاث روايات: فى رواية: مثل ما قالا، وفى رواية: قال: يزول ملكه، ولكن لا يسقط حقه عنه، ويباع العين فى دينه، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات. وفى رواية: قال: له أن يأخذ الدقيق، ويبرأ الغاصب عن الضمان.

٩٩٨٨- غصب دقيقًا فخبزه، أولحمًا فشواه، أو سمسمًا فعصره، ينقطع حق المالك فى ظاهر رواية أصحابنا.

٩٩٨٩- وكذلك إذا غصب ساجة وجعلها بابًا، أو حديدةً وجعلها سيفًا، ينقطع حق المالك، ويضمن قيمة الحديد والساجة، وجميع ذلك للغاصب.

وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة، وأدخلها فى بناءه أو غصب آجرًا، وأدخله فى بناءه، أو جصًا، وبنى به، فعليه فى ذلك كله القيمة، وليس للمغصوب منه أن ينقض البناء، ويأخذ الساجة، والخشبة، والآجر، والجص.

ولو غصب ساجة، وبنى فيها، لا ينقطع حق المالك، وكان له أن يأخذها. وكان القاضى الإمام أبو على النسفى يحكى عن الكرخى: أنه ذكر فى بعض كتبه تفصيلا، فقال: إن كانت قيمة الساجة أقل من قيمة البناء ليس له أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء، له أن يأخذ الساجة.

وقال: المراد مما ذكر فى الكتاب، ما قلنا، وزعم أن هذا هو المذهب.

٩٩٩٠- قال مشايخنا: وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد. من كان فى يده لؤلؤة، فسقطت اللؤلؤة، فابتلعتها دجاجة إنسان، ينظر إلى قيمة الدجاجة اللؤلؤة، إن كانت قيمة الدجاجة أقل، يخير صاحب اللؤلؤة، إن شاء أخذ الدجاجة، وضمن قيمتها ما للمالك،

وإن شاء ترك اللؤلؤة، وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة.

٩٩٩١- وكذلك لو أودع رجلا فصيلا، فكبر الفصيل حتى لم يمكن إخراجه من البيت إلا بنقص الجدار، ينظر إلى أكثرهما قيمة، ويخير صاحب الأكثر، وستأتي مسألة الدجاجة، واللؤلؤة. ومسألة الفصيل بعد هذا مع أجناسها.

٩٩٩٢- ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء، ويرد الساجة، هل يحل له ذلك؟ وهذا على وجهين: إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة، لا يحل له نقض البناء، وإذا نقض، لم يستطع رد الساجة، وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة، اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يحل، وبعضهم قالوا: لا يحل، لما فيه من تضييع المال من غير فائدة.

٩٩٩٣- غصب من آخر دارًا ونقشها بهذه الأصباغ بعشرة آلاف، ثم جاء صاحب الدار، أقول له: إن شئت فخذ الدار، وأعطِ الغاصب ما زاد الأصباغ فيها، فإن أبى جعلت الدار للغاصب بقيمتها إذا كانت الأصباغ[1] تبلغ شيئًا كثيرًا، ولو بوقت، هكذا روى هشام عند محمد، واستشهد عليه بدجاجة ابتلعت لؤلؤة، قال هشام: سمعت أبايوسف يقول في هذه المسألة: يقال لصاحب الدار: أعطِ الغاصب ما زاد النقش في دارك، فإن أبى، أمره بقلعه، وضمنه ما نقص القلع.

٩٩٩٤- وفي القدوري: غصب من آخر دارًا، وجصصها، ثم ردها، قيل لصاحبها: أعطِه ما زاد التجصيص فيها، إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب ما جصصه.

٩٩٩٥- قال هشام: قلت لمحمد: رجل وثب على باب مقلوع، ونقشه بالأصباغ، قال: سبيله سبيل الدار، قلت: وإن كان نقشه بالنقر، وليس بالأصباغ؟ قال: فهذا مستهلك الباب، وعليه قيمته، والباب له، قال: وكذلك لو نقش إناء فضة بالنقر.

٩٩٩٦- قال هشام: وسألت محمدًا عن رجل غصب أرضًا، وغرس فيها أشجارًا، فعطلت، وتلفت، قال: إن كان قلع الأشجار يفسد الأرض، فصاحب الأرض بالخيار، إن شاء أعطاه ما زاد الأشجار في أرضه بالغة ما بلغت، وإن شاء أخذه بقلعها، وضمنه النقصان. وإن كان قلع الأشجار لا يفسد الأرض، ولكن ينقصها شيئًا، فإنه يأخذ الأرض، ويقلع الأشجار، ويضمنه النقصان، وليس لصاحب الأرض أن يقول: إنما آخذ الأشجار، ولا أقلعها، وأعطيه قيمتها، إنما له أن يعطيه قيمتها إذا كان القلع يفسد الأرض.

٩٩٩٧- مسلم غصب خمرًا وخللها، قال في الكتاب: لرب الخمر أن يأخذه، واختلف

---

(١) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخ "ف" و "م" و "ظ": إذا كان تبلغ الأصباغ شيئا.

المشايخ فيه، قال بعضهم: تأويل المسألة ما إذا خللها بشيء لا قيمة له، بأن نقل من الشمس إلى الظل، أو من الظل إلى الشمس، أو ألقى فيها شيئًا يسيرًا من الملح، أو الخل بحيث لا قيمة له. أما إذا ألقى فيها ملحًا، أو خلا له قيمة، فعند أبي حنيفة رحمه الله يصير الخل ملكًا للغاصب، ولا شيء عليه. وأما على قول أبي يوسف ومحمد، إن كان ألقى فيه الملح، أخذه المالك، وأعطاه ما زاد الملح فيه، وإن كان ألقى فيه الخل، فهو بينهما على مقدار كيلهما، كما لو كان المغصوب خلا، وخلطه بخل آخر، ويستوى، إن حمضت من ساعته، أو بعد حين.

وبعض مشايخنا قالوا: إن كان الخل الذى صب فيها خلا كثيرًا حتى صار خلا من ساعته، فهو كله للغاصب، وإن كان قليلا، وصارت خلا بعد، فهو بينهما على مقدار كيلهما.

وبعض مشايخنا قالوا: إن خللها بما ليس له قيمة، أخذه مجانًا، وإن خللها ما له قيمة، أخذه، وأعطاه ما زاد الملح والخل فيه.

٩٩٩٨- وإذا غصب عصيرًا، فصار عنده خمرًا، فله أن يضمنه مثله إن كان فى جنسه، وقيمته إن كان فى غير جنسه. ولو أراد أن يأخذ الخمر ولا يضمنه، هل له ذلك؟ اختلف المشايخ فيه، قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: والصحيح أنه ليس له ذلك. وذكر القدورى عن أبى يوسف: أن من غصب عصيرًا، فصار عنده خلا، أو لبنًا حلبها، فصار عنده مخيضًا، أو عنبًا فصار زبيبًا، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء أخذ ذلك بعينه، ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه مثله، وسلم ذلك إليه؛ لأنه قد انتقص فى يد الغاصب، وتعيب، ولا يمكن تضمين النقصان مع أخذ العين؛ لأن هذه الأعيان يجرى فيه الربا، فلم تكن الجودة بانفرادها متقومة، فإذا أخذ العين، سقط حق التضمين. وإن شاء ضمنه المثل.

٩٩٩٩- وإذا غصب جلد ميتة، ودبغه بما لا قيمة له، فإنه يأخذه مجانًا، وإن دبغه بما له قيمة، أخذه، وأعطاه ما زاد الدباغ.

قال القدورى فى كتابه: هذا إذا أخذ الجلدمن منزله ودبغه، أما إذا ألقى صاحب الميت الميتة فى الطريق، فأخذ رجل جلدها ودبغه بما لاقيمة له، فليس للمالك أن يأخذ الجلد. وبعض مشايخنا قالوا: للمالك أن يأخذ الجلد، وللغاصب أن يحبس الجلد، حتى يصل إليه قيمة ماله.

ولو أراد صاحب الجلد أن يترك الجلد على الغاصب، ويضمنه قيمة الجلد، ليس له ذلك، ولو كان المغصوب جلدًا مزكى، كان له ذلك. قال مشايخنا: هذا الفرق بين جلد الميتة

وبين الجلد المذكى، شيء ذهب إليه الحاكم الشهيد. والجواب فى الميتة والمذكى واحد، للمالك أن يترك الجلد عليه، ويضمنه قيمة جلده.

وفى القدورى: لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديمًا، أو دفترًا، أو جرابًا، لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب، فكان هو أولى به، فإن كان الجلد جلد مذكى، فله قيمته يوم الغصب، وإن كان جلد ميتة، فلا شيء له.

وفيه أيضًا: لو غصب خمرًا وخللها، ثم استهلكه، فعليه خل مثله؛ لأنه صار خلا على ملك مالكه. وإذا غصب ترابًا ولبنة، أو جعله آنية، فإن كان له قيمة، فهو مثل الحنطة إذا طحنها، وإن لم يكن له قيمة، فهو له، ولا شيء عليه من الضمان؛ لأن الضمان إنما يقام مقام العين عند تقومه.

وفى كل موضع ينقطع حق المالك، فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من بين سائر الغرماء، حتى يستوفى حقه، فإن ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب، ولايكون هذه بمنزلة الرهن، هكذا ذكر فى "المنتقى" [وفى القدورى: أن المغصوب منه يكون أسوة للغرماء فى الثمن، ولا يكون أخص بشيء من ذلك.

١٠٠٠٠- وفى "المنتقى":][1] ابن سماعة فى نوادره عن محمد: رجل هشم طشتًا لرجل، وهو مما يباع وزنًا، فرب الطشت بالخيار، إن شاء أمسك الطشت، ولاشيء له، وإن شاء دفعه، وأخذ قيمته، وكذلك كل إناء مصنوع. وإن كان مما لايباع وزنًا، كالسيف، فكسره رجل، كان عليه ما نقصه، فإن جاء آخر، واستهلك السيف المكسور، كان عليه حديد مثله. قال من قبل: إنه يجوز للرجل أن يبيع سيفًا بدراهم وحديد مثل السيف، ولا يجوز أن يبيع طشتًا يباع وزنًا بدراهم، وصفر مثل وزن الطشت.

قال فى "المنتقى" أيضًا: إذا باع الرجل شيئًا لغيره، ثم إن البائع فعل بعض ما وصفنا، فكل شيء كان الغاصب فيه مستهلكًا، ولم يكن المغصوب منه أن يأخذه، فكذا ليس للمشترى أن يأخذه.

١٠٠٠١- وفى "العيون": غصب من آخر عبدًا قيمته خمسمائة، فخصاه، فصار يساوى ألف درهم، نص عن محمد أن صاحب الغلام بالخيار، إن شاء ضمنه قيمته يوم الخصاء خمسمائة، ولا شيء له، وإن شاء أخذ الغلام، ولا شيء له. وقال بعض المشايخ: يقوم الغلام بكم يشترى للعمل قبل الخصاء، ويقوم بعد الخصاء، ليرجع بفضل ما بينهما.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

قال الصدر الشهيد حسام الدين : وهذان الجوابان خلاف ما حفظنا فى المسائل المختلف فيها ، فالمحفوظ فيها أن صاحب الغلام بالخيار ، إن شاء ترك الغلام على الغاصب ، وضمنه قيمته خمسمائة ، وإن أراد أخذ العبد يقوم العبد قبل الخصاء للعمل ، فيرجع بنقصان مابينهما ؛ لأن هذه الزيادة حدثت بناء على رغبات فاسدة ، فيتأمل عند الفتوى . هذا كله بيان أحد حكمى الغصب .

جئنا إلى بيان الحكم الآخر:

وهو وجوب الضمان حال عجز الغاصب عن رد العين ، فنقول : المغصوب نوعان : مثلى : كالكيلى ، والوزنى الذى ليس فى تبعيضه ضرر ، والعددى المتقارب ، كالبيض ، والجوز ، والفلوس الرائجة ، وما أشبه ذلك من العدديات التى لا تتفاوت آحاده . وغير المثلى : كالزرعيات ، والحيوانات ، والعدديات المتفاوتة ، والوزنى الذى يضر تبعيضه .

فإن كان غير مثلى ، فهلك فى يد الغاصب بآفة سماوية ، أو بفعل الغاصب ، أو بفعل غيره ، وجب عليه قيمته يوم الغصب ، وإن كان مثليّا ، وجب عليه مثله ، إلا إن وقع العجز عن رد المثل ، وذلك بالانقطاع عن أيدى الناس ، فحينئذٍ يصار إلى القيمة .

ثم عند أبى حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة يوم القضاء والخصومة ، وعند أبى يوسف تعتبر قيمته يوم الغصب ، وعند محمد تعتبر قيمته آخر يوم كان موجودًا ، وانقطع .

ثم إن مشايخنا استثنوا من الموزونات الناطق البذر ، والدهن المربى ، فقالوا بضمان القيمة فيهما ؛ لأنهما يتفاوتان بتفاوت البذر ، وكذلك الدهن المربى .

١٠٠٠٢ - وإن كان المغصوب مثليّا ، فلقيه فى بلد آخر ، والمغصوب قائم فى يده ، والقيمة فى هذا البلد مثل القيمة فى بلد الغصب ، أو أكثر منها ، فالمغصوب منه يأخذ المغصوب ، وليس له أن يطالبه بالقيمة . وإن كان سعره فى هذا البلدأقل من سعره فى بلد الغصب ، فالمغصوب منه بالخيار ، إن شاء أخذه فى هذا البلد بقيمته فى بلد الغصب ، وإن شاء انتظر حتى يأخذ الغصب فى بلد الغصب ؛ لأنه يأخذ العين . وإن كان يصل إليه عين حقه ، ولكن مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب ، فكان له أن لا يلتزم الضرر ، ويطالبه بقيمة ذلك البلد ، وإن شاء انتظر . بخلاف ما إذا وجده فى البلد الذى غصب فيه ، وقد انتقص السعر ، حيث لا يكون الخيار ؛ لأن النقصان هناك ماحصل بفعل الغاصب ، بل هو مضاف إلى قلة رغبات الناس ، فأما إذا نقل إلى بلد آخر ، فالنقصان مضاف إلى فعل الغاصب ، هذه الجملة

في القدوري .

ومن هذا النوع مذكور في "المنتقى" ، وصورته : غصب من آخر دواب بالكوفة ، وردها عليها بخراسان ، فإن كانت قيمتها بخراسان مثل قيمتها بالكوفة ، أمر المغصوب منه بأخذها ، وإن كانت قيمتها بخراسان أقل من قيمتها بالكوفة ، فالمغصوب منه بالخيار ، إن شاء أخذها ، وإن شاء أخذه بقيمة الكوفة .

قال : وكذلك الخادم ، وكل ما له حمل ومؤنة إلى ذلك الموضع ، وكذلك كل ما يكال ويوزن إلا الدراهم والدنانير ؛ فإنه يأخذها حين وجدها ، وليس له أن يطالبه بالقيمة ؛ لأنها الأثمان التي تجري عليها بياعات الناس . ومعناه أن معنى الثمنية لا يختلف باختلاف الأماكن ، فلا يطالبه بغيره ، وإن شاء أخر المطالبة ؛ لأنها حقه .

١٠٠٠٣- وإن كان المغصوب مثليا ، وقد هلك في يد الغاصب ، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا ، مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر ، برئ برد المثل ، وإن كان السعر في هذا المكان أقل ، فهو بالخيار ، إن شاء أخذ قيمة العين حيث غصب ، وإن شاء انتظر ؛ لأنه إذا رد في المكان الذي طالبه به يستضر به ، فإن اختلاف القيمة في المكانين لأجل الحمل والمؤنة ، فصار كما لو كان العين قائمة ، ونقلها إلى بلدة أخرى ، فكان بالخيار ، إن شاء أخذ القيمة ، وإن شاء انتظر .

وإن كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر ، فالغاصب بالخيار ، إن شاء أعطى مثله ، وإن شاء أعطى قيمته حيث غصب ؛ لأن المالك لا يستحق إلا الرد في مكان الغصب ، فلو ألزمناه تسليم المثل ههنا ، يستضر الغاصب به ، فإنه يركبه زيادة قيمة لا يستحق المغصوب منه ، وفي التأخير إلى العود إلى مكان الغصب إضرار بالمغصوب منه ، فقلنا بأنه يسلم القيمة في مكان الغصب ، إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير .

وإن كانت القيمة في المكانين سواء ، كان للمغصوب منه أن يطالب بالمثل ؛ لأنه لا ضرر على واحد منهما . هذه الجملة في القدوري .

١٠٠٠٤- وفي "المنتقى" : غصب من آخر كرًّا من طعام ، يساوي مائة ، ثم صار يساوي مائة وخمسين ، ثم انقطع عن أيدي الناس ، وعز ، وارتفع ، وصار لا يقدر على مثله ، وصار يساوي مائتين ، ثم استهلكه الغاصب ، فللمغصوب منه أن يضمنه قيمة مائتي درهم ، قيمة يوم استهلكه الغاصب ؛ لأنه حين انقطع من أيدي الناس ، صار بمنزلة عرض لا مثل له غصبه رجل ، فزادت قيمته ، ثم استهلكه ، فله أن يضمنه يوم استهلكه إن شاء .

ولو كان غصب الكر، وهو يساوى مائتين، ثم صارت قيمته [مائة وخمسين، ثم انقطع من أيدى الناس، ثم صارت قيمته][1] مائة، ثم استهلكه الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمنه قيمته مائة وخمسين آخر ماكان موجوداً فى أيدى الناس، وليس له أن يضمنه أكثر من ذلك.

١٠٠٠٥- ذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى فى نوادره: إذا خرق كدس رجل إن كان البر فى السنبل أقل قيمة منه إذا كان خارجًا، فعليه القيمة، وإن كان خارجًا أكثر قيمة، فعليه بر مثله، وعليه فى الخل القيمة.

وفيه أيضًا: رجل غصب كُدسًا، فداسه، ثم أقام المغصوب منه بينة، قال: يقضى له بالبر كله، وبقيمة الخل؛ لأنه غيره عن حاله، فهو كمن طحنه.

١٠٠٠٦- وفيه أيضًا عن محمد: رجل غصب من آخر حبة حنطة، فلا شىء على الغاصب؛ لأنه لا قيمة لها، فقيل: لو أن رجالا غصبوا حبة، فبلغ ذلك قفيز حنطة.

١٠٠٠٧- قال أبو يوسف: إذا غصب قوم رجلا ما له قيمة، ضمنهم قيمته، فإذا جاء برجل بعد رجل لم أضمنه شيئًا؛ لأن كل إنسان إنما غصب منه ما لا قيمة له، ولوكان فى حبة حنطة قيمة، ما حل لأحد أن يلتقط النوى، وكان عليه أن يعرفها؛ لأنها لقطة.

١٠٠٠٨- وإذا استهلك المغصوب، وضمنه القاضى القيمة، نظر إن كان ذلك الشىء يباع فى السوق بالدراهم، يقوم بالدراهم، وإن كان يباع بالدنانير، يقوم بالدنانير، وإن كان يباع بهما، فالقاضى يتخير.

فى شرح كتاب الصرف فى باب الغصب الحسن بن مالك عن أبى يوسف: رجل غصب بيضة، وأتلفها، فعليه مثلها، وهذا آخر قوله، وكان قوله الأول القيمة.

١٠٠٠٩- فى "المنتقى": وفيه أيضًا بشر عن أبى يوسف: رجل غصب شاة وحلبها، ضمن قيمة لبنها، وإن غصب جارية أرضعت ولدًا له، لا يضمن قيمة اللبن، وحكاه فى موضع آخر من هذا الكتاب عن أبى حنيفة. وفيه أيضًا هشام عن محمد قال أبو حنيفة رحمه الله: رجل غصب من آخر لحمًا واستهلكه، فعليه قيمته، وفيه كلمات أخر، عرفت فى كتاب البيوع.

استهلك سرقين إنسان، يجب عليه القيمة؛ لأنه ليس بمثلى؛ لأنه لا يكال ولايوزن، إنما يحمل أوقارًا، فيضمن بالقيمة.

ذكر شمس الأئمة السرخسى أن رد مثل المغصوب ومثل المستهلك فى الموضع الذى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وجب المثل، يجب فى موضع الغصب والاستهلاك. وذكر شيخ الإسلام أن ضمان الجناية إنما يجب فى مكان الخصومة.

١٠٠١٠- استهلك ثوبًا لرجل، وجاء بقيمته، فقال رب الثوب: لا أريدها، ولا أجعلك فى حل، للغاصب أن يرفع الأمر إلى القاضى حتى يجبره على القبول، وإن لم يرفع الأمر إلى الحاكم، ووضع القيمة فى حجره يبرأ، وإن وضعه بين يديه لا يبرأ.

الفصل الثالث
فيما لا يجب الضمان بالاستهلاك

١٠٠١١- كسر بيضة أو جوزة لغيره، فوجد داخلها فاسداً، فلا ضمان عليه [لأنه ظهر أنه ما استهلك مالا، وكذلك لو كسر درهم إنسان، ثم ظهر أنه مستوقة، فلا ضمان عليه][1]؛ لما قلنا.

١٠٠١٢- إذا أفسد تأليف حصير إنسان، فإن أمكن إعادته كما كان أمره بالإعادة؛ لأنه قادر على رده كما أخذه، فصار كمن غصب سلم إنسان، وساقها از بابها جدّا كرد، يؤمر بإعادة التركيب؛ لأن الإعادة ممكنة، فيؤمر بالإعادة، وإن لم يمكنه الإعادة كما كان، سلم له المنقوض، وضمن قيمة الحصير صحيحًا؛ لأنه عجز عن الرد كما أخذ، فيصار إلى القيمة.

١٠٠١٣- وإذا حل شراك نعل غيره، فإن كان النعل من النعال التي يستعملها العامة، لا شيء عليه؛ لأنه لامؤنة في إعادة شراكها. وإن كان النعل غريبة، فإن كان لا ينقص سترها، ولا يدخلها عيب لو أعيد، يؤمر بالإعادة، ولا يضمن شيئًا، وإن كان ينقص سترها، ويدخلها عيب لو أعيد، يضمن النقصان.

في "واقعات الناطفي": نزع باب دار إنسان عن موضعه، أو حل سرج إنسان، أو جاء إلى ثوب أسداه الحائك، أو نسجه، فنشره، حتى أعاده إلى حاله الأولى، فكل ما كان مؤلفًا، فنقض تأليفه، فالجواب فيه على نحو ما ذكرنا في النعلين والحصير.

في "النوازل": هدم جدار رجل، ثم بناه الهادم قبل أن يضمن القيمة، إن بناه كما كان، فلا ضمان عليه؛ لأنه أعاده إلى حاله الأولى حكمًا، فصار كمن فتق مخيط إنسان، ثم خاطه.

١٠٠١٤- إذا دخل على صاحب دكان بإذنه، فتعلق بثوبه شيء مما في دكانه، فسقط، لايضمن، هكذا ذكر في "واقعات الناطفي"، وتأويله الصحيح أن السقوط لم يكن بفعله ويده.

دفع إلى خياط كرباسًا ليخيطه له قميصًا، فخاطه قميصًا فاسدًا، وعلم صاحب الثوب بالفساد، فلبسه مع ذلك، فلا ضمان؛ لأن لبسه مع العلم رضا بالفساد. ويعلم من هذه المسألة كثير من المسائل.

---

(١) هذه العبارة وردت في النسخ التي توجد عندنا كلها.

إذا ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها ضمن، والراعى والبقار فى مثل هذا لايضمن، هكذا ذكر الصدر الشهيد فى الباب الأول من شركة "واقعاته". وجواب محمد فى "الأصل": أن الراعى يضمن، وهو القياس، والمسألة فى باب إجازة الراعى. فالصدر الشهيد فرق بين الراعى والبقار، وبين الأجنبى، فضمن الأجنبى، ولم يضمن الراعى والبقار، والفقيه أبو الليث سوى بينهما، فقال: لايضمن الأجنبى كما لا يضمن الراعى، لوجود الإذن بالذبح دلالة فى هذه الحالة فى حق الكل. وكذلك الجواب فى البعير؛ لأن الذبح فى هذه الحالة لإصلاح اللحم، وأما فى الحمار والبغل، فلا يذبح؛ لأن ذبحهما ليس لإصلاح اللحم، وفى الفرس أيضًا لا يذبح؛ لأن ذبحه ليس لإصلاح اللحم عند أبى حنيفة؛ لأن كراهته كراهة تحريم عنده هو الصحيح.

١٠٠١٥- إذا رفع التراب من أرض الغير، إن لم يكن للتراب قيمة فى ذلك الموضع [إن انتقص الأرض برفعه ضمن النقصان، وإن لم ينتقص، فلا شىء عليه، ولايؤمر بالكبس، وإن قال به بعض العلماء، وإن كان للتراب قيمة ذلك الموضع][1]، ضمن قيمته، تمكن النقصان فى الأرض أو لم يتمكن.

فى "أدب القاضى" للخصاف فى آخر باب اليمين: الصراف إذا غمز الدراهم، وكسرها، ضمن إذا قال له المالك: اغمز.

فى غصب "العيون": وكذلك إذا دفع إليه قوسًا، وقال له: ارم، فمدها، وانكسرت، يضمن، إلا إذا قال له: مدها، فى هذا الموضع أيضًا.

١٠٠١٦- وفى صرف "المنتقى" عن أبى يوسف فى الصيرفى: إذا انتقد الدراهم بإذن صاحبها، فغمز درهمًا، فانكسرت، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا ضمان، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان، والمختار للفتوى أن صاحب المال إذا أمره بالغمز [فلا ضمان، وإن لم يأمره بالغمز، فإن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان أيضًا، ويثبت الإذن بالغمز][2] دلالة إذا كانت الحالة هذه.

١٠٠١٧- إذا طبخ لحم غيره بغير أمره ضمن، ولو جعل صاحب اللحم فى القدر، ووضع القدر على الكانون، ووضع تحتها الحطب، فأوقد النار، فطبخ، فإنه لايضمن

---

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا.

(٢) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى توجد عندنا.

استحسانًا.

١٠٠١٨- ومن هذا الجنس خمس مسائل: إحداها: هذه المسألة، الثانية: إذا طحن حنطة غيره بغير أمره، ضمن، ولو أن صاحب الحنطة جعل الحنطة فى الدودن، وربط عليه الحمار، فجاء آخر، وساق الحمار، وطحن، لا يضمن.

١٠٠١٩- المسألة الثالثة: إذا رفع جرة غيره بغير أمره، فانكسرت، يضمن. ولو أن صاحب الجرة رفع الجرة، فأمالها إلى نفسه، فجاء إنسان، وأعانه على الرفع، فانكسرت فيما بين ذلك لا يضمن.

١٠٠٢٠- المسألة الرابعة: من حمل على دابة غيره بغير أمره، حتى هلكت الدابة، يضمن، ولو حمل المالك على دابته شيئًا، ثم سقط فى الطريق، فجاء إنسان، وحمل بغير إذنه، فهلكت الدابة، لا يضمن.

١٠٠٢١- المسألة الخامسة: إذا ذبح أضحيته بغير إذنه، إذا ذبح بغير أيام الأضحية، لايجوز، ويضمن الذابح، وإن ذبح فى أيام الأضحية يجوز، ولا يضمن الذابح؛ لأن الإذن ثبت دلالة فى هذه المسائل [والدلالة يجب اعتبارها ما لم يوجد الصريح بخلاف هذه الجملة، ذكرها الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام فى باب ما لا يجزئ فى الأضحية.

ومن جنس هذه المسائل][(١)] ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى شرح المزارعة فى باب قبل باب المزارعة التى يشترط فيها المعاملة.

إن من أحضر فَعَلَة لهدم دار، فجاء آخر وهدم بغير إذنه، لا يضمن استحسانًا. وصار الأصل فى جنس هذه المسائل أن كل عمل لا يتفاوت فيه الناس يثبت الاستعانة فيه بكل أحد من آحاد الناس دلالة، فأما إذا كان عملا يتفاوت فيه الناس، لا تثبت الاستعانة بكل واحد من آحاد الناس، كما لو علق الشاة بعد الذبح للسلخ، فجاء إنسان، وسلخ بغير إذنه، يضمن. ذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الأصل فى هذا الباب أيضًا.

١٠٠٢٢- القصاب إذا اشترى شاة، فجاء إنسان وذبحها، فهذا على وجهين: إما إن ذبحها بعد ما أخذها القصاب، وشد رجلها، وقبل ذلك، ففى الوجه الأول: لايضمن، وفى الوجه الثانى: يضمن.

نزع غريم رجل من يده يعذر، لكن لا ضمان عليه.

١٠٠٢٣- فى "فتاوى أبى الليث": دابة لرجل، دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الزرع، فجاء ذئب، فأكلها، إن أخرجها صاحب الزرع، ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان عليه عند أكثر المشايخ، وهو المختار للفتوى، وإن ساقها بعد [ما أخرجها، أكثر مشايخنا على أنه يضمن، سواء ساقها إلى مكان يأمنها فيها على زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

١٠٠٢٤- وكذلك الراعى إذا وجد فى باروكه بقرة لغيره، فطردها قدر ما يخرج من باروكه، لا يضمن، وإن ساقها بعد][1] ذلك، يضمن. فأما إذا وجد بقرة فى زرعه، فأخبر صاحبها، فأخرجها صاحبها، فأفسد الدابة الزرع، إن أمر صاحب الزرع صاحب الدابة بالإخراج، لايضمن صاحب الدابة شيئًا، وإن لم يأمره، يضمن. هذه الجملة فى الباب الأول من غصب "الواقعات".

المزارع إذا دفع البقر الذى دفعه إليه رب الأرض مع البزر، والأرض مزارعة إلى الراعى، فضاع، لا ضمان على أحد.

١٠٠٢٥- فى غصب "فتاوى أهل سمرقند": إذا امتنع صاحب الزرع عن السقى حتى فسد الزرع، لم يكن عليه ضمان الزرع، فى "واقعات الناطفى".

---

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى توجد عندنا.

الفصل الرابع
فى كيفية الضمان

١٠٠٢٦- فى "المنتقى" : بشر بن الوليد عن أبى يوسف فى رجل خرق طيلسان رجل، ثم رفأه، قال : أقوّمه صحيحًا، وأقوّمه مرفوءً، فأضمنه فضل ما بينهما.

١٠٠٢٧- وعنه أيضًا : رجل حفر بئرًا فى ملكه، وطمّها رجل بترابها، قال : أقوّمها محفورة وغير محفورة، فأضمنه فضل ما بينهما، وإن طرح فيها ترابًا أجبرته، وإن كان فى الصحراء، فإن لم يخرج الماء، فليس عليه من دقتها شيئًا. وإن أخرج الماء وقد استحقها؛ لأنه بئر عطن، فهو ضامن لفضل ما بينهما.

١٠٠٢٨- إذا مزق دفاتر حساب إنسان، واستهلكه، ولم يدر المالك ما أخذ، وما أعطى، يضمن للمالك قيمة دفاتر الحساب، وهو أن ينظر بكم يشترى ذلك.

١٠٠٢٩- فى غصب "فتاوى أهل سمرقند" وهو نظير ما ذكر فى "فتاوى أبى الليث" : من خرق صك إنسان، ضمن قيمة الصك مكتوبًا، على قول أكثر المشايخ : ولا ينظر إلى المال؛ لأن الإتلاف صادف الصك، وما صادف المال. وقال بعضهم : يضمن على قدر ما ينتفع به صاحبه.

فى "المنتقى" : هشام عن محمد : سد المعتق باطل؛ لأنه لو صبه إنسان لمسلم أضمنه، قلت له : فقول أبى حنيفة رحمه الله فمن صب سكر المسلم، يضمن قيمته، أو مثله؟ قال : قيمته.

١٠٠٣٠- إذا كسر بربط إنسان، أو طنبور إنسان، أو دفه، أو ما أشبه ذلك من آلات الملاهى، فعلى قولهما : لا ضمان، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى : يجب الضمان؛ لأن هذه الأشياء صالحة للانتفاع بها بجهة أخرى، سوى اللهو، بأن يجعل ظروف الأشياء، فيضمن قيمتها من هذه الوجه، لا من حيث كونه طنبورًا، أو بربطًا. وذكر فى "الجامع الصغير" : أن على قول أبى حنيفة رحمه الله : يضمن إلا إذا فعل بإذن الإمام، قال القاضى الإمام صدر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير" : والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوى فى "الجامع الصغير" أيضًا : أن قول أبى

حنيفة رحمه الله قياس، وقولهما استحسان. قال صدر الإسلام: ثم عند أبى حنيفة رحمه الله إذا ووجب الضمان يجب على وجه الصلاحية لغير التلهى على أدنى وجه يمكن الانتفاع بذلك، وعلى هذا الاختلاف النرد، والشطرنج؛ لأنه يمكن أن يجعل هذه الأشياء سنجات الميزان.

وفى القدورى يقول فى مسألة الطنبور والبربط: أنه يضمن قيمته خشبًا منحوتًا. وفى "المنتقى": يضمن قيمته خشبًا ألواحًا.

١٠٠٣١- هشام عن محمد: إذا أحرق صليبًا لذمى، ضمنه قيمته صليبًا؛ لأنا على ذلك صالحناهم، قال هشام: قلت لمحمد: إذا أحرق بابًا منحوتًا عليه تماثيل منقوشة، قال: فى قولى يضمن قيمته غير منقوشة بتماثيل، فإن كان صاحبه قطع رأس التماثيل، ضمن قيمته منقوشًا، بمنزلة منقوش شجرًا.

١٠٠٣٢- قلت: لو أحرق بساطًا فيه صورة رجال؟ قال: ضمن قيمته مصورًا؛ لأن البساط توطأ.

قلت: إذا هدم بيتًا مصورًا بهذه الأصباغ تماثيل الرجال والطير؟ قال: أضمنه قيمة البيت والأصباغ غير مصور.

١٠٠٣٣- وإن قتل جارية مغنية، ضمن قيمتها غير مغنية، إلا أن يكون الغنا ينقص، فأقومها على ذلك. وإن كانت الجارية حسنة الصوت، إلا أنها لا تغنى، فهو على حسنة الصوت.

والحمامة إذا كانت تقرقر، والفاختة إذا كانت تقرقر، يعتبر قيمتها مقرقرة، والحمامة إذا كانت تجيء من بعيد، لا يعتبر قيمتها على ذلك.

١٠٠٣٤- والفرس الذى يسبق عليه، فهو على السابق قيمته، وفى الحمامة إذا كانت طائرة يعتبر قيمتها غير طائرة، وكذلك كل شيء يكون بغير تعليم.

غصب من آخر أرضًا، وزرعها، وانتقصت الأرض بسبب الزرع، فعلى الغاصب نقصان الأرض.

واختلف المشايخ فى طريق معرفة النقصان، قال بعضهم: ينظر بكم يؤاجر هذه الأرض قبل الزراعة، وكم يؤاجر بعد الزراعة، فمقدار التفاوت نقصان الأرض. وقال بعضهم: ينظر بكم يشترى [هذه الأرض قبل الزراعة، وبكم تشترى][1] بعد الزراعة، فمقدار التفاوت نقصان

(١) هذه العبارة وردت فى النسخ التى فى أيدينا.

الأرض، قال شمس الأئمة السرخسي : والقول الأول أقرب إلى الصواب .

١٠٠٣٥- قطع شجرة من دار رجل بغير أمره، فرب الدار بالخيار، إن شاء ترك الشجرة على القاطع، وضمنه قيمة الشجرة قائمة، وطريق معرفة ذلك أن يقوم الدار مع الشجرة، ويقوم بدون الشجرة، فيضمن فضل ما بينهما . وإن شاء أمسك الشجرة، ويضمن قيمة النقصان قائمة. وطريق معرفة ذلك أن يقوم الدار مع الشجرة، وبغير الشجرة أصلا، فتفاوت ما بينهما قيمة الشجرة مقطوعة، ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع، حتى لو كانت قيمة الشجرة مقطوعة، وغير مقطوعة على السواء، لا شيء عليه في "فتاوى أبي الليث".

١٠٠٣٦- وفي "مجموع النوازل" :من قلع شجرة من بستان رجل، أومن داره، فاستهلكها، فعليه نقصان الدار، أو البستان. ومن قلع شجرة من أرض رجل، فعليه قيمة الحطب.

١٠٠٣٧- جاء إلى تنور، وقد سجرت بقصب، فصب فيها الماء، ينظر إلى قيمة التنور كذلك، وإلى قيمته غير مسجور، فيضمن فضل ما بينهما. وكذلك بئر الماء إذا بال فيها إنسان على هذا، في "واقعات الناطفي" : في جنايات "فتاوى أهل سمرقند" : فتح رأس تنور إنسان، حتى برد، فعليه قيمة الحطب مقدار ما يسجر به التنور، ويمكن أن يقال: ينظر بكم يستأجر التنور المسجور، لينتفع به من غير أن يسجر ثانيًا، فيضمن ذلك القدر، أو ينظر إلى أجرته مسجوراً، فضمن تفاوت ما بينهما -والله أعلم-.

الفصل الخامس
فى خلط الغاصب مال رجلين أو مال غيره بماله
واختلاط أحد المالين بالآخر من غير خلط

١٠٠٣٨- قال محمد فى الأصل: غصب من آخر حنطة، وغصب من آخر شعيرًا وخلطها، ضمن لكل واحد منهما مثل ما غصب منه، ولم يذكر فى الكتاب أن المخلوط لمن يكون؟

١٠٠٣٩- واعلم أن المخلوط يكون على نوعين: خلط لا يتأتى معه التميز، كخلط اللبن باللبن، وخلط الحنطة بالحنطة، وفى هذه الصورة يكون المخلوط ملكًا للخالط، ويتقرر حق المالك فى المثل عند أبى حنيفة رحمه الله، ولكن لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء البدل، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لمالك الخيار، إن شاء ضمنه مثل حقه، وإن شاء شاركه فى المخلوط. وأجمعوا على أنه لو غصب دهن جوز، وخلطه بدهن بزر، أن المخلوط يصير ملكًا للخالط.

١٠٠٤٠- وخلط يتأتى معه التميز، وهو على نوعين: نوع يحتاج فيه إلى كلفة ومشقة للتميز، كخلط الحنطة بالشعير.

الجواب فى هذا النوع عندهما كالجواب فى النوع الأول فى ظاهر الرواية، وبه أخذ بعض المشايخ، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أن قوله فى هذا النوع كقولهما، وبه أخذ بعض المشايخ، وإليه أشار فى كتاب الغصب، وفى أول كتاب الوديعة، فإنه قال: إذا كان الخالط أجنبيًا، ولا يظفر به، فلهما أن يبيعاه، وإنما يكون لهما حق البيع إذا كان مشتركًا بينهما، أما إذا كان ملك الخالط، فلا يمكنها البيع.

من المشايخ من قال ما ذكر من الجواب فى تلك المسألة قول أبى يوسف ومحمد، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى، أما على قول ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لا يكون لهما حق البيع.

ومنهم من قال: ما ذكر ثمه قول الكل، وهو الصحيح، والعذر لأبى حنيفة رحمه الله على ظاهر الرواية أن حق البيع لهما فى تلك الصورة ما كان باعتبار أن المخلوط لم يصر ملكًا للخالط، بل باعتبار أن المخلوط إن صار ملكًا للخالط، فحقهما لم ينقطع عنه، بل توقف تمام

الانقطاع على وصول البدل إليهما. ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يؤد البدل إليهما؟ وإذا بقى حقهما فيه، قلنا: أنه يباع المخلوط لإيفاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط، كالمبيع فى يد البائع يباع فى الثمن عند تعذر استيفاء الثمن من المشترى بغيبته، كذا ههنا.

ومن المشايخ من قال: لأبى حنيفة رحمه الله فى هذا الخلط قياس واستحسان، القياس أن يصير المخلوط ملكًا للخالط، وفى الاستحسان لا يصير.

ونوع لا يحتاج فيه التمييز إلى كلفة ومشقة كخلط البيض بالسود، والدراهم والدنانير، وفى هذا النوع لا يجب الضمان على الخالط بالاتفاق، ولا يصير المخلوط ملكًا للخالط بالإجماع.

وفى "المنتقى": قال هشام: سألت محمدًا عن رجل غصب من رجل ألف درهم، وخلط بها درهمًا من ماله، قال: مذهب أبى يوسف فى هذا إذا كانت دراهم الخالط أقل، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء ضمنه دراهم، وإن شاء شاركه فى المخلوط بقدر دراهمه.

قلت: فإن كانا سواء، فما مذهب أبى يوسف؟ قال: لاأدرى. وأما فى قولنا: فالمغصوب منه بالخيار على كل حال، إن شاء ضمن الغاصب دراهمه، وإن شاء كان شريكًا فيها.

١٠٠٤١- وفيه أيضًا: هشام عن محمد: إذا كان مع رجل سويق، ومع رجل آخر سمن، أو زيت، فاصطدما، فانصب زيت هذا أو سمنه فى سويق هذا، فإن صاحب السويق يضمن لصاحب السمن [أو الزيت، مثل ثمنه، أو زيته؛ لأن صاحب السويق استهلك ثمن هذا، ولم يستهلك صاحب السمن سويق][1] هذا، ولأن هذه الزيادة فى السويق.

١٠٠٤٢- وإن كان مع أحدهما سويق ومع الآخر نورة، فاصطدما، فانصب سويق هذا فى نورة هذا، فإن شاء صاحب السويق أخذ سويقه ناقصًا، وأعطى الآخر مثل نورته، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه، ويسلم له سويقه، وضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته؛ لأن كل واحد منهما جانٍ.

وإن فعل ذلك غريب، وذهب، فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شيء؛ لأن النورة لم تزد فى سويقه، بل نقصه، والسويق لصاحب السويق.

وفى القدورى: صب ماء فى طعامه، فأفسده، وزاد فى كيله، فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته، قبل أن يصب فيها الماء، وليس له أن يضمنه طعامًا مثله.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وكذلك لو صب ماء في دهن، أو زيت؛ لأن للطعام المثل، والدهن الذي صب فيه الماء لا مثل له، فيقوم القيمة، ولا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء؛ لأنه لم يكن منه غصب متقدم، حتى لو غصب ثم صب عليه الماء، فعليه مثله.

وفي "المنتقى": عن محمد: رجل معه دراهم، ينظر إليها، فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلط، كان ضامنًا لها، قال: لأن هذا جناية منه، وإن لم يتعمد.

نوع منه ذكر في "فتاوى أبي الليث": دجاجة ابتلعت لؤلؤة، ينظر إلى قيمة اللؤلؤة، وإلى قيمة الدجاجة أيهما أكثر، يخير صاحبها إن كانت قيمة اللؤلؤة أكثر، يقال لصاحبها: إن شئت فأعطِه قيمة الدجاجة واذبحها، وإن شاء فتربص إلى أن يخرج اللؤلؤة منها، وإن كانت قيمة الدجاجة أكثر، يقال لصاحبها: إن شئت فأعطه قيمة اللؤلؤة، وإلا فاذبح الدجاجة.

وهكذا الجواب في الأترجة إذا دخلت في قارورة إنسان، وكثرت، ولو أدخل رجل أترجة رجل في قارورة رجل، فكثرت الأترجة، فلا خيار لأحد، وضمن الفاعل لصاحب الأترجة قيمة الأترجة، ولصاحب القارورة قيمة القارورة، وتكون القارورة والأترجة له بالضمان.

وفيه أيضًا: شجرة قرع نبتت في أرض رجل، فصارت في جب رجل، وانعقدت فيه، حتى عظمت، ولم يمكن إخراجها إلا بكسر الجب، أو القرع، ينظر إلى أكثرهما قيمة، فيقال لصاحبه: أد قيمة الآخر، وتملكه، وإن باعا الجب والقرع جاز، ويضرب كل واحد منهما في الثمن بقيمة سلعته.

١٠٠٤٣- وفي كتاب الحيطان: رجل قرب شاة في قذر الباقلا، وتعذر إخراجه، ينظر أيهما كان أكثر قيمة من الآخر، فيؤمر صاحب أكثرهما قيمة بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه، ويتملك مال صاحبه، ويكون مخيرًا بعد ذلك يتلف أيهما شاء.

وكذلك إذا كان للمستأجر جب في الدار المستأجرة، لا يمكن إخراجه إلا بهدم شيء من الحائط، ينظر أيهما أكثر قيمة، ما ينهدم من الحائط بإخراج الجب أو الجب.

وفي "المنتقى": هشام في نوادره عن محمد: دجاجة رجل ابتلعت لؤلؤة رجل آخر، يقال لصاحب الدجاجة: إن شئت فأعطِ قيمة اللؤلؤة، فإن أبى صاحب الدجاجة إعطاء قيمة اللؤلؤة، أعطى الدجاجة بقيمتها. وكذلك إن ابتلعها بعير، وقيمة اللؤلؤة كثيرة، وإن كانت قيمة اللؤلؤة شيئًا يسيرًا، فلا شيء على صاحب البعير.

وفيه أيضًا: بشر عن أبي يوسف في طائر ابتلع لؤلؤة، فأراد صاحب اللؤلؤة أن يأخذ

الطائر، قال: لا أجبر صاحب الطائر أن يعطيه الطائر، ويأخذ قيمة الطائر، وكذلك شيء يبتلع اللؤلؤة، وقيمة اللؤلؤة خير منه.

١٠٠٤٤- وفى "العيون": رجل أودع رجلا فصيلا، أو أدخله المودع فى بيته، حتى عظم، فلم يقدر على إخراجه إلا بقلع بابه، فله أن يعطى قيمة الفصيل يوم صار الفصيل فى حد لايستطيع الخروج من الباب، ويتملك الفصيل دفعًا للضرر عن نفسه، وإن شاء قلع بابه، ورد الفصيل. قال الصدر الشهيد فى "واقعاته": يجب أن يكون تأويل المسألة إذا كان قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج الفصيل [أكثر من قيمة الفصيل، وأما إذا كان قيمة الفصيل أكثر من قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج الفصيل][1]، يؤمر صاحب الفصيل بدفع قيمة ما ينهدم إليه وإخراج الفصيل، ليكون هذا الجواب مطابقا لما ذكر فى "النوازل".

وفى كتاب الحيطان: وهذا إذا أدخل المودع الفصيل فى بيته، ولو استعار المودع بيتًا، وأدخل الفصيل فيه، وعظم الفصيل، وباقى المسألة بحالها، يقال لرب الفصيل: إن أمكنك إخراج الفصيل، فأخرجه، وإلا فانحره، واجعله قطعًا قطعًا.

وإن كان حمارًا، أو بغلا، إن كان ضرر الباب فاحشًا، فالجواب كذلك أيضًا، وإن كان يسيرًا له أن يقلع الباب، ويغرم مقدار ما أفسد من الباب، وهذا نوع استحسان؛ لأنه لولم يجعل كذلك، يتضرر صاحب الحمار والبغل بفوات حقه أصلا.

وفى "واقعات الناطفى": قصار بسط ثوبًا على حبل، فجاءت الريح وحملته، وألقته فى صبغ إنسان، حتى انصبغ، فليس على القصار، ولا على رب الثوب شيء من قيمة الصبغ. قال الصدر الشهيد: وهذا بخلاف ما حفظنا فى المسائل الخلافية، فالمحفوظ فى الخلافية أن صاحب الثوب يأخذ ثوبه، ويضمن ما زاد الصبغ فيه، إلا إذا أبى صاحب الثوب[2] أن يأخذ الثوب، فحينئذٍ كان الجواب كما ذكر الناطفى. وذكر القدورى فى باب الثوب يصبغه الغاصب على نحو ما ذكره الصدر الشهيد.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا ورد فى الأصل، وورد فى نسخ "ف" و"ظ" و"م": إلا إذا أبى صاحب الثوب، أخذ الثوب.

الفصل السادس
فى استرداد المغصوب منه فى الغصب من الغاصب، وما يمنع من ذلك وفيما يبرأ الغاصب به من الضمان وما لا يبرأ

١٠٠٤٥- قال الكرخى: إذا أحدث المغصوب منه فى الغصب حدثًا، يصير به غاصبًا إن لو وقع فى ملك الغير، صار مستردًا للغاصب، ويبرأ الغاصب به عن ضمان المغصوب، وذلك نحو أن يستخدم المغصوب، أو يلبس المغصوب؛ لأن الغصب إثبات اليد على المحل، فإذا أحدث حدثًا، يصير به غاصبًا، فقد أثبت يده على المغصوب، وثبوت يد المالك توجب سقوط الضمان عن الغاصب. وسواء عرف ذلك، أو لم يعرف؛ لأن الحكم يبتنى على السبب دون العلم، ولا يكون الغاصب غاصبًا بالغصب الأول لهذا، إلا أن يحدث غصبًا مستقبلا.

وكذلك لو أن الغاصب كسى الثوب رب الثوب، فلبسه، حتى تخرق، وعرفه، أو لم يعرف، وكذلك إذا باعه صاحبه، أو وهبه له، ولم يعرف حتى لبسه، وتخرق، وكذلك إذا غصب طعامًا، ثم أطعمه، وعرفه، أو لم يعرفه، وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى الغاصب[1]، وأكل ذلك الطعام بعينه، وقد عرفه، أو لم يعرفه، برئ من الضمان.

١٠٠٤٦- وإن كان الغاصب خبز الدقيق، أو شوى اللحم، ثم أطعمه، لم يبرأ عن الضمان؛ لأنه ما أثبت يده على المغصوب فى هذه الصورة؛ لأنه بالخبز، والشئ خرج من أن يكون مغصوبًا، وصار ملكًا للغاصب.

١٠٠٤٧- ثم قال: ولو أن المغصوب منه أجر العبد الغاصب للخدمة، أو الثوب للبس، برئ من ضمان العبد، حتى وجب عليه الأجر بالإجارة؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، وقد قالوا: إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه، ليبنى له حائطًا معلومًا، لا يسقط عنه الضمان، حتى يبتدئ[2] البناء؛ لأن الأجرة فى هذه الصورة لا يجب بالتخلية، وإنما تجب بالعمل، وسقوط الضمان معلق [بوجوب الأجر، وأما فى الاستخدام فيجب الأجر

---

(١) هكذا فى نسخة "ظ" والأصل، وورد فى نسخة "ف": وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى سب الغاصب، وفى نسخة "م": وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى جيب الغاصب.

(٢) هكذا ورد فى الأصل و نسختى "ف" و "م"، وورد فى نسخة "ظ": حتى يبتنى البناء.

بالتخلية][(١)]، وكما وقع عقد الإجارة يبرأ عن الضمان.

١٠٠٤٨- ولو زوج الجارية المغصوبة الغاصب، لم يبرأ من الضمان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف، وهو فرع اختلافهم فى المشترى إذا زوج الجارية المشتراة قبل القبض، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يصير قابضًا لها، وعلى قول أبى يوسف: يصير قابضًا لها.

١٠٠٤٩- ولو كان المغصوب منه استأجر الغاصب ليعمل المغصوب عملا من الأعمال، فذلك جائز، وهو فى يد الغاصب على ضمانه، إن هلك قبل أن يأخذ فى ذلك العمل، أو بعده، ضمن.

وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب؛ لأن الاستئجار على التعليم، وغسل الثوب لا يقتضى ثبوت اليد عليه، فإنه يتصور وقوع العمل فيه، مع كونه فى يد المالك وداره، فلا يبرأ من الضمان، وإن كان الأجر فى عمله إنما يبطل عنه الضمان إذا صار عليه أجر؛ لأنه لا يتحمل أجر وضمان، إما أن يكون له الأجر، وهو ضامن، فهذا جائز بخلاف استئجار الدابة للركوب؛ لأن استيفاء منفعة الدابة لا يكون إلا بعد كونها مسلمة إليه، فثبوت يد الإجارة استدعى انتفاء ضمان الغصب.

١٠٠٥٠- وفى "المنتقى": رجل خان رجلا حنطة، ثم دفعها بعينها إليه، وقال: اطحنها لى فطحنها، ثم علم أنها كانت حنطته، برئ من الضمان، وكذلك لو خانه غزلا، ثم دفع ذلك الغزل بعينه إلى صاحب الغزل، ثم قال: انسجه لى فنسجه، ثم علم به، وكذلك إذا غصب من رجل دابة، ومات صاحب الدابة، ثم إن ابنه استعار منه دابة، فأعارها إياه، وعطبت تحته، برئ من الضمان.

١٠٠٥١- المعلى فى "نوادره": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، قال أبو حنيفة رحمه الله: غصب من رجل ثوبًا، فأحرقه رجل فى يده، ثم أعطى المحرق الغاصب قيمة الثوب برئ. وقال أبو يوسف: ليس على المحرق أن يعطى الغاصب قيمته، وإذا أعطى، لا يبرأ إلا إذا كان الإعطاء بقضاء القاضى، ولا ينبغى للقاضى أن يجبره على إعطاء القيمة، إذا علم أن الطالب غاصب، لكن يضعها على يدى رجل عدل، حتى يحضر رب الثوب، فيختار ضمان أيهما شاء.

١٠٠٥٢- قال أبو الفضل رحمه الله تعالى: هذا الجواب خلاف ما قال فى "الأصل":

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

غصب من أخر داراً، ثم أن الغاصب استأجرها من المغصوب منه، والدار ليست بحضرتها حين استأجرها، ينظر إن كان هو ساكنها، أو لم يكن هو ساكنها، إلا أنه قادر على سكناها، برئ من ضمانها؛ لأني أوجب الأجر عليه حينئذٍ.

١٠٠٥٣- وفى "الجامع" فى باب متصل بباب الطويل من البيوع: إذا أمر المالك الغاصب ببيع المغصوب، فقبل البيع لا يخرج عن ضمان الغاصب، وكذا بعد البيع قبل التسليم، لا يخرج عن ضمان الغاصب، حتى لوهلك قبل البيع، أو بعد البيع قبل التسليم، يهلك الغصب، وكذا المغصوب منه إذا باع بنفسه، فقبل التسليم، لا يخرج عن ضمان الغصب.

١٠٠٥٤- وكذلك المغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يضحى بالشاة، فقبل أن يضحى بها لايخرج عن ضمانه، نص عليه شمس الأئمة السرخسى فى أول شرح كتاب العارية.

١٠٠٥٥- إذا رد المغصوب على المغصوب منه، فجواب الكتاب أنه يبرأ مطلقًا، قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" فى كتاب الإقرار: والمسألة فى الحاصل على وجوه: إن كان المأخوذ منه كبيراً بالغًا، فالجواب ما قال فى الكتاب. وإن كان صغيراً إن كان مأذونًا فى التجارة، فكذلك إن كان محجوراً، وإن كان صبيًا لا يعقل القبض والحفظ، لايبرأ عن الضمان إذا رده عليه بعد ما أخذه منه، وإن رده عليه قبل أن يتحول عن مكان الأخذ، يبرأ استحسانًا، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أخذ لقطة، وردها إلى مكانها، ردها بعد ما تحول لايبرأ، وإن رد قبل التحول برئ استحسانًا.

وإن كان صبيًا يعقل القبض[1] والحفظ، ففيه اختلاف المشايخ، وفى "فتاوى الفضلى": أنه يبرأ عن الضمان إذا كان الصبى يعقل الأخذ، والإعطاء من غير ذكر الخلاف، وإن كان لا يعقل الأخذ والإعطاء لا يبرأ من غير تفصيل.

١٠٠٥٦- وفيه أيضًا: إن كان المغصوب دراهم، وقد استهلكها الغاصب، ثم رد مثل ذلك على الصبى، وهو يعقل، يبرأ إذا كان مأذونًا، وإن كان محجوراً عليه لايبرأ.

١٠٠٥٧- وذكر فى آخر كتاب اللقطة: إذا نزع الخاتم من إصبع نائم، ثم أعاده إلى إصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة برئ، وإن أعاد إلى إصبعه بعد ما انتبه، ثم نام، لا يبرأ.

وذكر الحسن بن زياد فى كتاب الاختلاف: أخذ من نائم نعله، أو خاتمًا كان فى إصبعه، ثم أعاد إلى مكانه وهو نائم، قال أبو يوسف: إن لم يستيقظ حتى رده برئ، وإن

---

(١) ورد فى نسخة "م": يعقل الغرض.

استيقظ، ثم نام، ثم رده، ثم ضاع، ضمن إذا لم ينتبه بعد ذلك.

وقال محمد: إن أعاد فى مجلسه[1] ذلك، استحسن أن يبرأ عن الضمان، سواء رده فى تلك النومة، أو نومة أخرى، وإلا ضمنه، وكذلك إذا رده إلى إصبع أخرى.

١٠٠٥٨- إذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته، ثم نزعه، ثم أعاده إلى مكانه، لايبرأ عن الضمان. قال مشايخنا: وهذا إذا لبس كما يلبس الثوب عادة، وأما إذا كان قميصًا، فوضعه على عاتقه، ثم أعاده إلى مكانه، فلا ضمان؛ لأن هذا حفظ، وليس باستعمال، فى آخر كتاب اللقطة.

١٠٠٥٩- وفى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد: فى رجل أخذ ثوب رجل من بيته بغير أمره، فلبسه، ثم رده إلى بيته، فوضعه فيه، فهلك لم يضمنه استحسانًا.

١٠٠٦٠- وكذلك لو أخذ دابة غيره من آريه بغير أمره، ثم رده إلى موضعها، فذهبت، فلا ضمان استحسانًا، وإن أخذ الدابة من يد المالك غصبًا، ثم ردها، فلم يجد صاحبها، ولا خادمه، فربطها فى دار صاحبها على معلفها، فهو ضامن، نص عليه شمس الأئمة فى شرح كتاب العارية.

١٠٠٦١- وفى "المنتقى": الحسن بن زياد عن أبى يوسف: رجل أخذ شيئًا من دار رجل بغير علمه، ثم رده بعد أيام إلى ذلك الموضع، لا يبرأ عن الضمان ما لم يرده على صاحبه.

١٠٠٦٢- وفيه أيضًا: ابن سماعة عن محمد: فى رجل أخذ من كيس رجل خمسمائة درهم، وقد كان فى الكيس ألف درهم، فذهب، ثم ردها بعد أيام، ووضعها فى الكيس الذى أخذها منه، فإنه يضمن الخمسمائة التى كان أخذها، ولايبرأ منها بردها إلى الكيس.

١٠٠٦٣- فى "فتاوى أبى الليث": غصب من رجل ثوبه، وجاء به إلى المغصوب منه، ووضعه فى حجره، والمغصوب منه يعلم بالوضع، إلا أنه لا يعلم أنه ثوبه، فجاء إنسان، وحمله من حجر المغصوب، قال: أخاف أن لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه يقع عند المغصوب منه أنه وديعة، ولا يعلم ثوبه ليبالغ فى الحفظ.

١٠٠٦٤- فى هذا الموضع أيضًا: غصب من آخر سفينة، فلما ركبها، وبلغ وسط البحر، لحقه صاحبها، ليس له أن يستردها من الغاصب، لكن يؤاجرها من ذلك الموضع إلى الشط مراعاة للجانبين، وكذلك لو غصب دابة، ولحقها صاحبها فى المفازة فى موضع المهلكة،

(١) هكذا ورد فى الأصل ونسختى "ف" و "م"، وورد فى نسخة "ظ": إن أعاد فى المجلس مجلسه ذلك.

لا يستردها، ولكن يؤاجرها[1] إياه لما قلنا.

١٠٠٦٥- إذا كفن الميت فى ثوب غصب، ودفن، وأهيل التراب عليه، فإن كان للميت تركة، أخذ القيمة من تركته، ولا ينبش الميت، وكذا إذا لم يكن للميت تركة، ولكن تبرع إنسان بأداء القيمة، أخذ المالك القيمة من المتبرع، ولا ينبش القبر، وإن لم يكن شىء من ذلك، فصاحب الكفن بالخيار، إن شاء تركه لآخرته، وهو أفضل، وإن شاء نبش القبر، وأخذ الكفن، فإن نبش القبر، وأخذ الكفن، فوجده قد انتقص، فله أن يضمن الذين كفنوه، ودفنوه؛ لأنهم صاروا غاصبين.

١٠٠٦٦- غصب من آخر دابة، أو ثوبًا، أو دراهم، وهى قائمة بعينها، فأبرأه المغصوب منها صح الإبراء، ويكون إبراء عن ضمانها فى "عيون المسائل".

وفى "فتاوى النسفى": غصب من آخر ساجة، وأدخلها فى بناءه، أو غصب من آخر تالة، وغرسها فى أرضه، وكبرت حتى انقطع حق المالك، ثم إن المالك قال للغاصب: وهبت لك الساجة والتالة، صح، وهذا إبراء عن الضمان فى الحاصل.

١٠٠٦٧- إذا هشم إبريق فضة إنسان، فجاء آخر وهشم هشمًا، برئ الأول عن ضمانه، والثانى ضامن، وإنما برئ الأول؛ لأن صاحب الإبريق لا يمكنه أن يرد الإبريق على الأول على الحالة التى هشم.

١٠٠٦٨- قال الفقيه أبو الليث: وكذا روى عن محمد بن الحسن: فى رجل صب ماء على حنطة رجل، فجاء آخر، وصب ماء آخر، وزاده نقصانًا، فالأول يبرأ من الضمان، وعلى الثانى قيمتها يوم صب عليها الثانى.

وفى صرف "الأصل": إذا كسر إناء فضة رجل، واستهلكها صاحبه قبل أن يعطيه إياه، فلا شىء على الكاسر، فإن شرط التضمين تسليم المكسور إليه، وقد فوت ذلك بالاستهلاك.

(١) هكذا ورد فى الأصل ونسختى "ظ" و"م"، وورد فى نسخة "ف": لا يؤاجرها.

الفصل السابع
فى التسبيب فى الإتلاف

١٠٠٦٩- قال محمد فى كتاب اللقطة : إذا حل دابة مربوطة لرجل ، ولم يذهب بها ، فذهبت الدابة على الفور ، فلا ضمان على الذى حلها عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، سواء ذهبت الدابة على الفور ، أو بعد ذلك بزمان ، وعلى قول محمد يجب الضمان ، وكذلك إذا فتح باب دار إنسان ، وفى الدار دواب ، فذهبت الدواب ، وكذلك إذا فتح باب قفص إنسان ، فطار الطير الذى فيه .

وروى عن محمد فى رواية أخرى : أنه إذا ذهبت الدابة على الفور ، أو طار الطير على الفور ، أنه ضامن ، وإن ذهبت الدابة ، وطار الطير بعد زمان ، لا على الفور ، فلا ضمان . وإنما لم يجب الضمان عندهما ؛ لأن الطائر فى الطير مختار ، وتركه منه مقصود ، فلا يحال بالتلف على الفاتح ، كما لو حل قيد عبد إنسان ، حتى ذهب العبد ، ومحمد رحمه الله تعالى يقول فى فصل العبد : العبد له اختيار معتبر شرعًا ، حتى لو لم يكن كذلك بأن كان العبد مجنونًا ذاهب العقل ، فهو والدابة سواء .

١٠٠٧٠- وعن محمد أيضًا : لو كان العبد المجنون مقيدًا فى بيت مغلق ، فحل إنسان قيده ، وفتح الآخر الباب ، فالضمان على الفاتح ، لا على الحال . قال الفقيه أبو الليث : وقد ذكر محمد فى "المبسوط" : أنه لا ضمان فى ذلك كله ، ولم يذكر فيه اختلافًا .

١٠٠٧١- ولو حل رباط الزيت ، فسال الزيت ، إذا كان الزيت سائلا ، فهو ضامن ؛ لأن الفاتح هو المسيل بحل الرباط ؛ لأن طبعه كذلك لا يتصور خلافه .

ولو كان جامدًا ، وذاب بالشمس ، وساله ، لم يضمن ؛ لأنه ليس بمسيل ؛ لأن السيلان من طبع المائع ، وإنما صار مائعًا من فعل غيره .

١٠٠٧٢- وذكر فى "واقعات الناطفى" : فيمن جاء إلى سفينة مشدودة ، فحلها ، وذلك يوم ريح شديد ، فغرقت السفينة ، فهذا على وجهين : إما أن تثبت بعد الحل ساعة ، أو أقل قليل الأوقات ، ثم سارت ، وغرقت ، أو كما انحلت لم تقف ، وسارت ، وغرقت ، ففى الوجه الأول لم يضمن ، وفى الوجه الثانى ضمن .

١٠٠٧٣- وفى "المنتقى" : إذا كانت الدابة فى مربط ، فجاء إنسان ، وفتح الباب ،

وذهبت الدابة، قال محمد رحمه الله تعالى : هو ضامن لها، فإن كان مشدودة، والباب مغلق، فجاء إنسان، وحلها، وجاء آخر، وفتح الباب، وذهبت، فالضمان على الذى فتح الباب، وكذلك الغنم.

١٠٠٧٤- نقب حائط إنسان بغير إذن صاحب الحائط، ثم غاب الناقب، فدخل سارق من ذلك، وسرق شيئًا، يجب أن لا يضمن الناقب؛ لأن الناقب السبب، والسارق مباشر، وصار كما لو فتح باب القفص، وطار الطير، ويجوز أن يكون بين المسألتين فرق، والفتوى فى الناقب أنه لا يضمن مذكورة فى فتاوى سمرقنديان.

١٠٠٧٥- نظر فى دن دهن مائع لغيره، فوقع قطرة الدم من أنفه فى الدن، وتنجس الدن، صار ضامنًا إذا كان النظر بغير إذن المالك، ثم ما ذا يضمن؟ إن كان الدهن مأكولا يضمن مثل ذلك قدراً أو وزنًا؛ لأن الدهن الذى هو مأكول، فالمقصود الأصلى منه الأكل، وقد فات ذلك، وكان إتلافًا له، ألا ترى أن من قطع يد دابة، هى غير مأكول اللحم، أو رجلها، ضمن قيمتها لفوات المنفعة المطلوبة منها من حيث الركوب واللحم، وإن كان الدهن غير مأكول يضمن النقصان.

١٠٠٧٦- إذا وقف دابة فى سوق الدواب، فرمحت، فلا ضمان على صاحبه؛ لأن الوالى قد أذن للناس فى وقف دوابهم فى ذلك الموضع، وكل ما كان بإذن الإمام فى موضع جاز له الإذن، فهو مباح مطلقًا غير مقيد بشرط السلامة.

١٠٠٧٧- وكذلك لو كانت سفن واقفة على الشط، جاءت سفينة، وأصابت هذه الواقفة، فانكسرت الواقفة، كان الضمان على الجائية، وإن انكسرت الجائية، فلا ضمان على الواقفة؛ لأن الإمام قد أذن لأصحاب السفن بوقف السفن على الشط.

١٠٠٧٨- وفى "فتاوى النسفى": طحان خرج بالليل من الطاحونة ينظر إلى مسيل الماء حين قل الماء، فدخل السارق، وسرق أحمال الناس، فالطحان ضامن إن بعد عن الباب بعدا يعد به مضيعًا.

١٠٠٧٩- وفى الحاوى: إذا غصب عجولا، واستهلكه حتى يبس لبن أمه، يضمن قيمة العجول، وما نقص من البقرة.

١٠٠٨٠- إذا سعى إلى السلطان بغير ذنب أصلا، فهو ضامن. وذكر القاضى الإمام الأجل صدر الرسلام فى آخر شرح اللقطة: أن السعاية على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون لحق، بأن يكون يؤذيه، ولا يمكنه دفعه عن نفسه إلا بالرفع إلى السلطان، وفى هذا الوجه لا ضمان.

١٠٠٨١- وحكى عن القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى : أن المضروب إذا شكى[١] إلى السلطان [حتى أخذ السلطان مالا][٢] من الضارب، أنه لا ضمان عليه، وكذلك إذا كان يفسق، ولا يمتنع عنه بالأمر بالمعروف، فرفع إلى السلطان، فأخذ السلطان منه مالا، فلا ضمن عليه.

١٠٠٨٢- الوجه الثانى : أن يقول للسلطان : إن فلانًا وجد كنزًا فى داره، أو قدر عطارف، فإن كان السلطان يغرم الناس جزافًا لامحالة، فهو ضامن، وإن كان قد يغرم الناس جزافًا، وقد لا يغرم الناس، فلا ضمان عليه.

١٠٠٨٣- الوجه الثالث : أن تكون السعاية بغير حق، وفى هذا الوجه لا ضمان على الساعى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، خلافًا لمحمد، وجعل هذه المسألة فرع مسألة فتح باب القفص، قال رحمه الله تعالى : والفتوى على قول محمد فى زماننا، لكثرة السعاة زجرًا لهم، صيانة لأموال الناس، وذكر فى فتاوى النسفى أنه سئل عن السعاية بغير ذنب؟ قال : روى عن زفر أنه ضامن، قال : وبه أخذ كثير من مشايخنا.

١٠٠٨٤- وفيه أيضًا : العبد إذا سعى على غيره بغير ذنب إلى السلطان حتى أخذ منه مالا، أن العبد ضامن، ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق؛ لأن هذا ضمان قول.

١٠٠٨٥- إذا رش الماء فى الطريق، فجاء حمار، وزلق به، وعطب، ذكر فى "فتاوى أبى الليث" أن عليه الضمان، ولم يذكر ما إذا زلق به إنسان، وعطب، وذكر محمد فى ديات "الأصل" : أن على عاقلته الضمان من غير تفصيل.

١٠٠٨٦- وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإمام تأويل المشايخ، وأحسن التأويل : إذا رش كل الطريق بحيث لا يجد المار موضعًا يابسًا يمر عليه، ففى هذا الوجه الراشّ ضامن، وكذلك الجواب فى الخشبة الموضوعة فى الطريق إن أخذت الطريق كلها، فمر عليها، وعثر، ومات، فالواضع ضامن.

وأما إذا رش بعض الطريق، فمر إنسان على الموضع الذى رش، إن لم يعلم بذلك، بأن كان ليلا وعثر، ومات من ذلك، وجب على الراش الضمان، وإن علم بذلك، ومر مع ذلك على موضع الرش، فلا ضمان على الراشّ.

وكذلك الجواب فى الخشبة الموضوعة فى الطريق، فأخذت بعض الطريق، فمر عليها

---

(١) هكذا ورد فى الأصل، وورد نسخ "ظ" و"ف" و"م" : إذا اشتكى.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

إنسان متعمداً، وإلى هذا أشار محمد فى مسألة حفر البئر، وصورتها : إذا حفر بئراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ووثب من أحد جانبى البئر إلى الآخر خاطر بذلك، فوقع فى البئر، ومات، فلا ضمان على الحافر.

وأما إذا أمر غيره بالرش، إن أمره بالرش على فناء الدكان، يعنى دكان الآخر، فالآمر ضامن، ولا ضمان على الراش، وإن كان بخلافه، فالراش ضامن، والحارس إذا رش هو، يضمن كيف ما كان.

١٠٠٨٧- وإذا رش الماء فى الطريق، وجاء رجل بحمارين، فتقدم صاحب الحمار إلى أحدهما يقوده، فتبعه الحمار الآخر، فزلق، فانكسر رجله، فإن كان صاحب الحمار سايقًا لهما، فلا ضمان على الراش، وإن لم يكن سايقًا لهما، فالراش ضامن.

١٠٠٨٨- إذا ربط حماراً على موضع، فجاء آخر، وربط حماره على ذلك الموضع أيضًا، فعقر أحد الحمارين الآخر، فإن ربطا فى موضع كان لهما ولاية الربط [بأن لم يكن ذلك الموضع طريقًا، ولا ملكًا لأحد، فلا ضمان، وإن ربط فى موضع ليس لهما ولاية الربط][1]، يجب الضمان على صاحب الحمار؛ لأن ربطه على هذا الموضع جناية منه، فما تولد منه يكون مضمون.

فى غصب "فتاوى أبى الليث": زعم بعض مشايخنا أن هذه المسألة مؤولة فى طريق الضمان، وتأويلها إذا عض حمار الرجل الثانى حمار الرجل الأول، وأما إذا عض الأول حمار الثانى، فلا ضمان على الأول؛ لأن فعل الثانى تسبب إلى التلف، أما فعل الأول فليس بسبب، وليس الأمر كما ظنوا، بل المسألة مجراة على إطلاقها، والضمان واجب على صاحب العاض أيهما كان.

١٠٠٨٩- إذا شق راوية رجل، وهو ضامن لما شق من الراوية، ولما سال منها، ولما عطب بما سال منها، ما لم يسقها صاحبها، فإن ساقها صاحبها، وهو يعلم بذلك، ضمن صاحبها ما عطب بما سال منها بعد سوقه إياها، ولا يضمن الشاق ذلك، وكذلك لا يضمن الشاق ما سال منها بعد سوقه إذا كان الشق بحال يمكن لصاحبها دفع ذلك، فأما إذا كان بحال لا يمكنه دفع ذلك، فإن الضمان على الشاق.

وكذلك إذا شق راوية رجل، وسال ما فيها، حتى مال الجانب الآخر، ووقع وتخرق، وسالها ما فى الزق الآخر، فإن الضمان على الشاق إلا إذا ساقها رب الدابة مع العلم بالشق،

---

(١) هذه العبارة أثبتت من نسخة "ظ".

فحينئذٍ لا ضمان على الشاق، ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة على هذا الترتيب فى آخر شرح الإجازات.

١٠٠٩٠- وإذا ساق حماراً عليه وقد حطب، وكان ثمه رجل واقف فى الطريق، أو يسير، فقال السائق بالفارسية: برت برت[1]، أو قال: كوشت كوشت، ولم يسمع الواقف حتى أصابه الحطب، وخرق ثوبه، إلا أنه لم يتهيأ له أن يتنحى عن الطريق لضيق المدة، ضمن السائق ثوبه؛ لأن التخرق مضاف إلى سوقه، والمرور فى الطريق، وحمل الحطب يباح له بشرط السلامة، وإن سمع وتهيأ له التنحى عن الطريق، فلم يتنح، فلا ضمان.

ذكر المسألة فى "فتاوى أهل سمرقند"، ولم يذكر ما إذا كان الحمار يمشى، والرجل يأتى أمامه، وضرب عليه الحطب، وتخرق ثوبه، والجواب فيه أن الرجل الآتى إن لم يكن عاقلا، وأمكنه أن [يتنحى عن الطريق، فلم يتنح عن الطريق، فلا ضمان على صاحب الحطب، وإذا كان الآتى عاقلا، وحصل الخرق بذهاب الحمار، ومجيء الرجل، يجب أن يكون على صاحب الحطب][2] نصف الضمان على قياس مسألة المكعب وأجناسها على ما يأتى بيانها بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وفى "النوازل": قصار أقام حماراً على الطريق، وعليه ثياب، فجاء راكب، ومزق الثياب التى عليه، يريد به كوشت، زدش، قال: إن كان الراكب يبصر الحمار والثوب، يضمن؛ لأن فعله جناية فى هذه الحالة، وإن كان لا يبصر، لايضمن؛ لأن فعله ليس بجناية، والمرور فى الطريق مأذون فيه. قال ثمه: فعلى هذا: لو وضع الثوب على الطريق، فجعل الناس يمرون عليه، حتى تخرق، وهم لايبصرون، لا ضمان عليهم.

١٠٠٩١- وكذلك رجل جلس على الطريق، فوقع عليه إنسان، فلم يره، فمات الجالس، فلا ضمان عليه؛ لأن المعنى يجمع الكل.

قال الفقيه أبو الليث: وقد روى عن أصحابنا خلاف ذلك، ولكن إن أفتى مفتى بما ذكرنا أولا، لا بأس به. قال الصدر الشهيد فى واقعاته: فإذن يفتى المفتى فى هذه المواضع أن الرأى للقاضى، قال: وهكذا نفتى. وعلى قياس مسألة وكر الحطب ينبغى أن يقال: فى هذه المسألة إذا كان الراكب يبصر الحمار، والقصار إن لم يقل برت كوشت، أو قال، ولم يسمع القصار قوله، أو سمع ولكن لم يتهيأ له التنحى، ينبغى أن يصير الراكب ضامنًا إلى آخر ما ذكرنا.

---

(١) ورد فى نسخة: ثوب، ثوب، كذا فى حاشية "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثامن
فى الدعوى الواقعة فى الغصب، واختلاف الغاصب والمغصوب منه والشهادة فى ذلك

١٠٠٩٢- قال محمد فى "الأصل": إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له، وأقام على ذلك بينة، يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها، ويردها على صاحبها، قال شمس الأئمة الحلوانى: ينبغى أن يحفظ هذه المسألة؛ لأنه قال: أقام بينة أنه غصب جارية له، ولم يبينوا جنسها وصفتها، فمن المشايخ من شرط بيان الجنس والصفة والقيمة، وأول ما ذكر فى الكتاب على هذا، وحكى عن أبى بكر الأعمش تأويل المسألة: أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب أنه غصب الجارية بإقراره فى حق الجنس والقضاء جميعًا، والصحيح أن هذه البينة تقبل فى حق الجنس من غير بيان الجنس، والصفة، والقيمة، فأما إذا حبسه القاضى، وأحضر المحبوس جارية، فإن اتفق الغاصب والمغصوب منه أن جاريته هذه يقضى بها للمغصوب منه.

وإن أنكر الغاصب أن تكون هذه الجارية جارية المدعى، وادعاها المالك، لايقضى بها للمغصوب منه، مالم يعد البينة أنها هى الجارية التى غصبها منه.

١٠٠٩٣- وإن قال الغاصب: قد ماتت الجارية، أو بعتها، ولا أقدر عليها، إن صدقه المغصوب منه فى ذلك، خلى سبيله وقضى عليه بالقيمة إن أراد المغصوب منه، وإن كذبه، يحبس، وينتظر، ويتلوم له، فإن انقضى هذه المدة تقع فى غالب رأى القاضى أنه لو كان قادرًا لما تحمل مراده الحبس إلى مثل هذه المدة، فالقاضى يخلى سبيله.

قال شمس الأئمة رحمه الله: وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقيمة، فإن لم يعرف من الرضا، ومضت هذه المدة، يخلى سبيله. بعد هذا القاضى يقول للمغصوب منه: ما تريد ضمان القيمة، أو التلوم إلى أن تظهر الجارية؟ إن قال: ضمان القيمة، إن اتفقا على القيمة، قضى القاضى بتلك القيمة، وإن اختلفا، إن كان للمدعى بينة على ما ادعى، قضى بتلك البينة، وإن لم يكن، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويحلف بالله ما قيمته إلى عشرين درهمًا. ذكر هذه الكيفية فى غصب "الأصل" قبل مسألة الخلط.

١٠٠٩٤- فإذا حلف وأدى القيمة، ثم ظهرت الجارية، كان المالك بالخيار، إن شاء

رضى بالقيمة التى أخذها، وإن شاء ردها، وأخذ الجارية. قال شيخ الإسلام: قال بعض مشايخنا: إن كان المأخوذ مثل قيمة الجارية أو أكثر، لا يكون للمالك الخيار فى استرداد الجارية. وذكر شمس الأئمة السرخسى: أن هذا القائل هو الكرخى، قال شمس الأئمة السرخسى: هذا، والصحيح أن للمالك الخيار على كل حال، وإليه أشار فى الكتاب، حيث أطلق الجواب إطلاقًا.

وذكر شمس الأئمة الحلوانى: أنه إذا ظهر أن قيمتها مثل ما قال الغاصب، شوش الجواب فيه، قال فى موضع: لا خيار للمولى، ولاسبيل له عليها، وفى موضع آخر: له الخيار.

وإن كان ما أخذ أضعاف قيمتها، قال شمس الأئمة: هذا والقول الأول أشبه.

١٠٠٩٥- ولو ادعى الغصب، وجاء بشاهدين، شهد أحدهما على الغصب، وشهد الآخر على إقرار الغاصب بالغصب، لا تقبل الشهادة، وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع، وشهد الآخر على الإقرار بالبيع، حيث تقبل الشهادة.

١٠٠٩٦- ولو شهد أحد الشاهدين له بذلك، وشهد الآخر على إقرار الغاصب له بالملك، لا تقبل الشهادة؛ لأن المشهود به مختلف فيه؛ لأن الملك المطلق الثابت بالشهادة غير الملك المطلق الثابت بالإقرار، حتى يستحق بالأول الزوائد المنفصلة دون الثانى.

١٠٠٩٧- ادعى جارية فى يدى رجل أنها جاريته، غصبها هذا منه، شهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر أنها جاريته، ولم يقل: غصبها هذا منه، تقبل الشهادة؛ لأنهما اتفقا على الملك، وتفرد أحدهما بالزيادة، فتقبل الشهادة على ما اتفقا عليه.

ادعى جارية فى يدى رجل أنها له، غصبها صاحب اليد منه، ولم يشهد شهود المدعى بالغصب، وإنما شهدوا له بالملك، فأراد القاضى أن يقضى بالجارية للذى أقام البينة، هل يحلف بالله ما بعت، ولا أذنت له فيه؟ قال: لا، إلا أن يدعى صاحب اليد شيئًا من ذلك، وعن أبى يوسف أنه يحلفه، وإن لم يطلب الخصم، ليكون أحكم للقضاء، وأبرم.

١٠٠٩٨- وأجمعوا أن من ادعى دينًا فى التركة، فالقاضى يحلفه مع إقامة البينة أنك ما استوفيت الدين، ولا أبرأته، وإن لم يدع الخصم ذلك، وهذه المسألة تشهد لأبى يوسف.

١٠٠٩٩- وإذا ماتت الدابة المغصوبة، ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه، فقال الغاصب: رددت الدابة عليك، ونفقت عندك. وقال رب الدابة: لا بل نفقت عندك من ركوبك، ولم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول رب الدابة، وذلك لأن الغاصب أقر بالسبب

الموجب للضمان، وهو الغصب، وادعى ما يبرئه، فيكون القول قول صاحب المال، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك، أو أخذت مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال، كان القول قوله، لما ذكرنا أنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وادعى ما يبرئه، فلم يصدق إلا ببينة، فكذلك ههنا.

فإن أقاما جميعًا البينة، أقام رب الدابة البينة أنها نفقت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب بينة أنه قد ردها عليه، ثم ماتت فى يده، فإن الغاصب يضمن قيمتها.

فرق بين هذا وبين ما إذا أقام الغاصب بينة أنه ردها على المالك، وأقام المغصوب منه بينة أنها نفقت عند الغاصب، ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه، قال: لا ضمان على الغاصب.

وبين المسألتين فرق من حيث الصورة، فأما لا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وذلك لأنا نعمل بالبينتين جميعًا فى الموضعين، ونجعل كأن الأمرين كانا نجعل فى المسألة الأولى كأن الغاصب رد، ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه، ونجعل فى المسألة الثانية كأنه ردها، ثم نفقت عند الغاصب بعد الرد؛ لأن العمل بالبينتين جميعًا فى كمسألة الركوب يوجب الضمان؛ لأنه متى ردها على المالك، ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه، ضمن، ويكون هذا منه غصبًا آخر، فصار ضامنًا.

والعمل بالبينتين فى المسألة الأخرى لا يوجب على الغاصب ضمانًا؛ لأنه متى رد، ثم نفقت الدابة بعد الرد عند الغاصب من غير صنعه، بأن انفلتت الدابة بعد الرد[1]، ونفقت عنده، لا يكون عليه ضمان، فكذا هذا.

وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرحه مسألة الفرق أن ما ذكر أنه لا ضمان على الغاصب قول محمد، أما على قول أبى يوسف، فهو ضامن.

١٠١٠٠- وإذا اختلف رب الثوب والغاصب فى قيمة الثوب، وقد استهلكه الغاصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه ينكر الزيادة، والبينة بينة رب الثوب؛ لأنها تثبت الزيادة.

وإن لم يكن لرب الثوب بينة، وجاء الغاصب بينة أن قيمة الثوب كذا، وكذبه رب الثوب، وسأل يمينه، يعنى يمين الغصب، فإنه يحلف على دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأن بينته تنفى الزيادة، والبينة على النفى لا تقبل.

قال بعض مشايخنا: ينبغى أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين، ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة، يقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته، وطريقه ما قلنا.

---

(١) هكذا ورد فى النسخ البواقى التى عندنا، وورد فى الأصل: الغصب.

وبعض مشايخنا قالوا : ينبغى أن يكون فى كل فصل روايتان ، وكان القاضى الإمام أبو على النسفى يقول : هذه المسألة عدة مشكلة ، ومن المشايخ من فرق بين مسألة الوديعة وبين هذه المسألة ، وهو الصحيح .

ولو شهد لرب الثوب أحد الشاهدين أن قيمة ثوبه كذا ، وشهد الآخر على إقرار الغاصب أن قيمة ثوبه كذا ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن المشهود به مختلف .

١٠١٠١- وإن جاء الغاصب بثوب زطى ، فقال : هذا الذى غصبتك ، وقال رب الثوب : كذبت ، بل هو ثوب هروى ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، ويحلف بالله أن هذا الثوب الذى غصبته إياه ، وما غصبت ثوبا هرويّا . قال مشايخنا : والصواب ما ذكر فى كتاب الاستحلاف : أنه يكفيه أن يقول بالله ما غصبته هرويّا ، كما يدعيه المالك .

وإن جاء بثوب هروى ، وقال : هذا الذى غصبتك ، وهو على حاله ، وقال رب الثوب : بل كان ثوبى جديدًا حين غصب ، فالقول قول الغاصب مع يمينه .

وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة رب الثوب ، وإن لم يقم واحد منهما بينة ، وحلف الغاصب ، وأخذ رب الثوب الثوب ، ثم أقام بينة أنه غصبه إياه ، وهو جديد ضمن الغاصب فضل ما بينهما ، هكذا ذكر فى "الأصل" .

قال شمس الأئمة الحلوانى : هذا إذا كان النقصان يسيرًا ، فإن كان فاحشًا ، فرب الثوب بالخيار ، إن شاء أخذ الثوب ، وضمنه النقصان ، وإن شاء ترك ثوبه عليه ، وضمنه قيمة ثوبه .

١٠١٠٢- رجل ادعى ثوبًا فى يدى رجل أنه له ، وأن صاحب اليد غصبه منه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أنه له ، وهبه له ، أو باعه إياه ، وأقر به له ، فإنه يقضى لذى اليد ، ويجعل كأن صاحب اليد غصبه أولا ، ثم وهبه المدعى ، أو باعه إياه .

١٠١٠٣- ولو ادعى رجل أن الثوب له ، وأن صاحب اليد غصبه منه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام رجل آخر بينة أن صاحب اليد أقر له بهذا الثوب ، فإنه يقضى للذى أقام البينة أن الثوب له ، ويجعل كأن صاحب اليد غصب أولا ، حتى يصير الثوب فى يده ، فيصح الإقرار ، وإذا جعل كأن صاحب اليد غصب أولا ، حصل مقرّا بملك الغير ، والإقرار بملك الغير لا يعتبر .

١٠١٠٤- إذا قال : غصبتك هذه الجبة ، ثم قال : البطانة لى ، أو قال : الحشو لى ، والبطانة له ، لم يصدق ؛ لأنه رجع بعد الإقرار ، فإن اسم الجبة اسم الكل .

ولو قال : غصبتك هذا الخاتم ، أو هذه الأرض ، ثم قال بعد ذلك : فص الخاتم لى ، أو قال : بناء الدار لى ، أو قال : شجر الأرض لى ، أو قال : بناء الدار لى ، أو شجر الأرض لى ،

فكذلك الجواب، لا يصدق؛ لأن اسم الخاتم اسم الكل، فيصير راجعًا بعد الإقرار.

١٠١٠٥- ولو قال: غصبت البقرة من فلان، ثم قال: ولدها لى، قبل قوله.

فرق بين الإقرار والشهادة، فإنه إذا شهد شاهدان لرجل أن هذه بقرته، ولها ولد، فإن المشهود له يستحق البقرة مع الولد.

فى القدورى: وإذا شهد شهود المدعى بغصب العبد، وموته عند الغاصب، وشهد شهود الغاصب أن العبد مات فى يد مولاه قبل الغصب، لم ينتفع بهذه البينة، يعنى الغاصب؛ لأن شهود الغاصب عن فوائد المولى، ولم يعرفوا الغصب، وشهود المدعى عرفوا الغصب، فكان شهادتهم أولى.

ولو أقام المدعى بينة أن الغاصب غضبه يوم النحر بالكوفة، وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النحر بمكة، أو العبد، فالضمان واجب على الغاصب؛ لأن البينة التى أقامها الغاصب على كونه يوم النحر بمكة لا يتعلق به حكم، فيطلب ضرورة.

١٠١٠٦- قال محمد فى "الإملاء": إذا شهد شهود الغاصب أنه مات فى يد المغصوب منه، وشهد شهود المغصوب منه أنه مات فى يد الغاصب، فالبينة بينة الغاصب؛ لأن بينة المالك لا تثبت إلا ما ثبت بإقرار الغاصب، فإن الضمان يجب بالغصب، لا بالموت، والغاصب قد أقر بالغصب، فخرج بينة المالك من البينتين، والغاصب بينته تثبت الرد، حيث أثبت الموت فى يد المالك.

١٠١٠٧- فى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف: فى رجل غصب من آخر عبدًا، فوجد المغصوب منه عبده، فأخذه، وفى يده مال، فقال الغاصب: هو مالى، وقال المغصوب منه: هو مالى، قال: إن كان العبد فى منزل الغاصب، والمال فى يده، فهو للغاصب، وإن لم يكن فى منزل الغاصب، فهو للمغصوب منه.

١٠١٠٨- بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: غاصب الثوب إذا قال: صبغت الثوب أنا، وقال المغصوب منه: غصبته مصبوغًا، فالقول قول المغصوب منه.

وكذلك إذا اختلفا فى بناء الدار، وحلية السيف، فهو مثل اختلافهما فى الصبغ.

١٠١٠٩- عمرو بن أبى عمرو عن محمد: إذا وقع الاختلاف فى بناء الدار، فالقول قول رب الدار، كما قال أبو يوسف، قال: وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الغاصب، قال: وكذلك النخيل والشجر فى الأرض.

ولو اختلفا فى متاع موضوع فى الدار المغصوبة، أو فى آجرّ موضوع، أو فى باب موضوع، فالقول قول الغاصب، والبينة بينة المغصوب منه.

١٠١١٠- رجل غصب عبد رجل، وباعه، وسلم العبد، وقبض الثمن، ومات العبد في يد المشتري، فقال: أنا أمرته بالبيع، فالقول قوله. ولو قال: لم آمره، ولكني أجزت البيع حين بلغني، لم يلتفت إلى قوله، ولا سبيل له على الثمن، إلا أن يقيم البينة أنه أجاز البيع قبل موت العبد.

١٠١١١- هشام في "نوادره": سألت محمدًا عن رجل أتى سوقًا، وصبّ لإنسان زيتًا وسمنًا، أو شيئًا من الأدهان والخل، وعاينت البينة ذلك، وشهدوا عليه، فقال الجاني: صببت وهو نجس، وقد ماتت فيه فأرة، فالقول قوله. قلت له: فإن أتى إلى سوق القصابين، فعمد إلى طراس اللحم، فرمى بها، واستهلكها، والشهود عاينوا ذلك، فشهدوا عليه، فقال الجاني: هي ميتة، قال: لا أصدقه على ذلك، ويسع الشهود أن يشهدوا أنها ذكية؛ لأنه لا يباع في الأسواق لحم ميتة، ويباع فيها زيت وسمن قد ماتت فيه الفأرة.

إبراهيم عن محمد: رجل اتخذ من طين رجل لبنًا، أو جدارًا، فهو له، وعليه قيمة الطين، وإن قال رب الطين: أنا أمرته أن يتخذه، قال: هو لرب الطين.

بشر عن أبي يوسف: إذا شهد شهود الغاصب أن رب العبد قبضه منه، فمات عنده، وشهد شهود المغصوب منه أن العبد قد مات عند الغاصب، فالغاصب ضامن القيمة، قال أبو الفضل: هذا خلاف جواب "الأصل".

الفصل التاسع
فى تملك المغصوب الغاصب والانتفاع به

١٠١١٢- ذكر فى "فتاوى أبى الليث" عن الفقيه أبى بكر الإسكاف : فيمن غصب من آخر لحمًا، وطبخه، أو غصب حنطة وطحنها، وصار المال له، ووجب عليه القيمة، فأكله حلال فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وفى قول أبى يوسف : أكله حرام قبل أن يرضى صاحبه.

١٠١١٣- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : من غصب من آخر طعامًا، فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكًا، فلما ابتلعه كان حلالا فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف، بناء على أن شرط الطيب الملك بالبدل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى [وعندهما : أداء البدل.

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين النسفى : أنه كان لا يصح ما ذكر عن أبى حنيفة رحمه الله][1] فى هاتين المسألتين، وكان ينكر ذلك قول أبى حنيفة رحمه الله، وكان يقول : الصحيح عند المحقّقين من مشايخنا على قضية مذهب أصحابنا أنّ الغاصب لا يملك المغصوب، إلا عند أداء الضمان، أو قضاء القاضى بالضمان، أو تراضى الخصمين على الضمان، فإذا وُجِد شىء من هذه الأشياء الثلاثة، يثبت الملك وما لا فلا، وبعد وجود شىء من هذه الأشياء الثلاثة، إذا ثبت الملك لا يحل للغاصب تناوله؛ لأنه استفاده بفعل لا يحلّ، فصار كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض، إلا أن يجعله صاحبه فى حل، فحينئذٍ يباح تناوله لانقطاع ذلك السبب.

١٠١١٤- فى القدورى : غصب حنطةً وزرعها، فعليه مثلها، ويتصدّق بالفضل، ويكره الانتفاع بها، حتى يرضى صاحبها، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وعلى قول أبى يوسف على ما روى عنه بشر : لا يكره الانتفاع قبل أداء الضمان، وعلى ما روى عنه هشام : يكره الانتفاع.

فرق أبو يوسف بين هذه المسألة وبينما إذا غصب من آخر حنطة، وطحنها على رواية بشر، فإن فى تلك المسألة يكره له الانتفاع قبل أداء الضمان عنده باتفاق الروايات.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والفرق أن الطحن ليس بإتلاف حقيقةً، وإنما هو تغيير لصفة العين، فجاز أن يبقى حق المالك لقيام العين، فأمّا الحنطة إذا زرعت فنبتت هلكت، ولم يبقَ لها عين، فتعلق به حق المغصوب منه، فلم يكره الانتفاع به قبل أداء الضمان لهذا، وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: إذا غصب من آخر نوًى، وغرسه واتخذ منه نخلا، فلا بأس بالانتفاع به قبل أن يرضى صاحبه[1].

ولو غصب تالة وغرسها، حتى صار نخلا كره الانتفاع قبل أن يرضى صاحبه؛ لأن النوى يتعفّن ويهلك، والتالة تزيد في نفسها.

وأبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف رحمهم الله على رواية هشام، إنما كرهوا الانتفاع قبل أداء الضمان، حتى لا يصير سببًا لفتح تناول أموال الناس بالباطل.

١٠١١٥- وروى عن أبي حنيفة رحمه الله في الشاة المغصوبة: إذا ذبحها وشواها لم يسعه أن يأكلها، ولا يطعم أحدًا حتى يضمن، وإن كان صاحبها غائبًا أو حاضرًا لا يرضى بالضمان لا يسعه الأكل، وإذا دفع الغاصب قيمتها، حل له الأكل؛ لأن حق المالك صار مُستوفًى بالبدل، وكذلك إذا أبرأه؛ لأن حقه سقط بالبراءة، وكذلك إذا ضمّنه المالك القيمة، أو ضمّنه الحاكم؛ لأن الحاكم لا يضمّنه إلا بعد طلبه، فكان راضيًا به.

وقال زفر: بعد ما طحن الحنطة، وشوى اللحم، فله أن يأكل، ويُطعم من شاء، ولا يعتبر رضا المغصوب منه؛ لأن حق المغصوب منه قد انقطع عن العين، وتقرر في القيمة، فلا يعتبر رضاه.

١٠١١٦- ولو غصب بيضةً محضنة، فخرج فراريج، فلا بأس بأن ينتفع بها قبل أن يؤدّي ضمان البيض؛ لأنه قد تغير عن حال الغصب.

١٠١١٧- ولو غصب من أحد عصفرًا، وصبغ به ثومًا، أو غصب سمنًا، ولتّ به سويقًا لم يسعه أن ينتفع به، حتى يرضى صاحبه.

في "المنتقى": وفيه أيضًا: وكل ما غاب عنه صاحبه من ذلك، ويخاف عليه الفساد، فلا بأس بأن ينتفع به بعد ما يشهد على نفسه بضمانه، وليس يخرجه ذلك من إثم الغصب.

١٠١١٨- رجل غصب من آخر جاريةً فعيّبها، فقال ربّ الجارية: قيمة جاريتي ألفان، وقال الغاصب: لا، بل ألف، وحلف على ذلك، وقضى القاضي، على الغاصب ألفًا لرب الجارية، لم يحل للغاصب أن يستخدمها، ولا يطأها ولا يبيعها، وليس يحلها له، إلا أن

(١) وفي "ف" و "م": قبل أن يرضى لصاحبه.

يعطيه قيمتها تامةً.

١٠١١٩- وإن أعتقها الغاصب بعد القضاء بالقيمة الناقصة، جاز عتقه، وعليه تمام القيمة كالعتق فى الشراء الفاسد، إذا ملك الغاصب المغصوب بالضمان، ثم نظر إليه، فوجده معيبًا، فله أن يرده بالعيب، ولكن بعد أن يحلف بالله لقد ضمّنه القيمة، ولم يعلم بالعيب، وكذلك له أن يردّه بخيار الرؤية.

وعن أبى يوسف: فى إنسان يذهب بحنطة رجل، فيقع فى أرض رجل فنبت، قال: إن كان للحنطة ثمن، فإن جميع ما يخرج منها لصاحب الحنطة، ويتصدق بالفضل، ولا شىء عليه من نقصان الأرض.

١٠١٢٠- اشترى جارية بثوب مغصوب، لا يحل له وطءها قبل أداء الضمان؛ لأنه لو استحق الثوب يلزمه رد الجارية.

١٠١٢١- ولو تزوج امرأة بثوب مغصوب، حل له وطءها؛ لأنه لو استحق الثوب لايبطل النكاح. (فى أول غصب شمس الأئمة السرخسى)

١٠١٢٢- وفى "المنتقى": ابن سماعة فى نوادر عن محمد: فى رجل غصب من آخر ألف درهم، وتزوج بها امرأة، أو اشترى بها ثوبًا وسعه وطء المرأة، ولبس الثوب. قال من قبل: إن العقد جاء[1] على ألف درهم، ولم يقع على تلك الدراهم بعينها، فلا أبالى بعدها أو غيرها.

وفيه أيضًا: ولو اشترى بالألف المغصوبة جارية، أو ثوبًا، ودفع الألف فى الثمن إلى البائع، ثم باع الأمة، أو الثوب وربح، وتصدّق بالربح، وإن دفع الألف إلى ربها، ثم باع الثوب بفضل، طاب له الفضل.

١٠١٢٣- وفيه أيضًا: إبراهيم عن محمد: غصب من آخر دراهم، واشترى بها دنانير لايسعه أن ينفق الدنانير؛ لأن الدراهم إذا استحقت بعد ما افترقا، انتقض البيع فى الدنانير، فإن قضى على غاصب الدراهم بمثلها، حلت له الدراهم.

١٠١٢٤- اشترى بدراهم مغصوبة، أو دراهم اكتسبها من الحرام شيئًا، فهذا على وجوه: إمّا أن دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا، ثم اشترى منه بتلك الدراهم، أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم ودفعها، أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم، ودفع غير تلك الدراهم، أو اشترى مطلقًا، ودفع تلك الدراهم، أو اشترى بدراهم أخر، ودفع تلك الدراهم، وفى

---

(١) وفى "م": جاز مكان جاء.

الوجوه كلها لا يطيب له التناول قبل الضمان يعنى قبل ضمان الدراهم، وبعد الضمان يطيب له الربح، هكذا ذكره فى "الجامع الصغير".

قال أبو الحسن الكرخى: هذا الجواب صحيح فى الوجه الأول والثانى، وأمّا فى الوجه الثالث والرابع والخامس يطيب له، واليوم الفتوى على قول أبى الحسن لكثرة الحرام؛ دفعًا للحرج عن الناس، وعلى هذا تقرّر رأى الصدر الإمام الأجل الشهيد، ذكره فى الباب الأوّل من "شرح الواقعات".

١٠١٢٥- نهر مغصوب جاء إنسان، وأراد الوضوء أو الشرب منه، إن حول الغاصب النهر عن موضعه يكره؛ لأنه انتفاع بملك الغير، وصار كالصلاة فى الأرض المغصوبة، وإن لم يحوّل لا يكره؛ لأن الناس شركاء فى الماء.

١٠١٢٦- رجل غصب طاحونة، وأجرى ماءها فى أرض غيره من غير طيب من نفس صاحب الأرض لا يحل للمسلمين الانتفاع بهذه الطاحونة، إذا علموا بذلك، لا شراءً، ولا إجارةً، ولا طحنًا بأجر، ولا عارية؛ لأنه استعمال ملك الغير.

١٠١٢٧- الأكل من أرض الجور يريد به أرض المملكة، وهى ميان دهى ففى الأرض نصيب الأكرة يطيب لهم إذا أخذوا مزارعة، أو إجارة؛ لأنهم ملكوه، وفى الكروم والأشجار إن كان يعرف أربابها لا يطيب للأكرة، ولا لغيرهم؛ لأنه ملك الغير.

وإذا لم يعرفوا طاب للأكرة نصيبهم؛ لأن التدبير فى معاملتها إلى السلطان، وصار بمنزلة أرض بيت المال.

١٠١٢٨- وأما نصيب بيت المال فيبنغى للسلطان أن يتصدق به وإن لم يفعل، فلا إثم عليه هذا الذى ذكرنا طريق الحكم. أما طريق الاحتياط فما روى عن خلف ابن أيوب أنه كان لايأكل من طعام بلح إلا فى وقت يباح له الميتة، وكان الميتة لايأكل قدر الشبع؛ لأن السلطان أخذ ضياع على بن عيسى لنفسه، لكن فى هذا الزمان الاجتناب عن هذه الشبهات قل ما يمكن، حتى يروى عن على بن إبراهيم فى موضع آخر أنه سئل عن هذه الشبهات، فقال: ليس هذا زمان الشبهات، اتّق الحرام عيانًا يعنى إن اجتنب عن الحرام كفاك، وذكر بعد هذا أن الشبهة إلى الحرام أقرب، قيل: هكذا قال أبو يوسف، لأنه لو لم يكن حقيقة يجعل كذلك احتياطًا.

١٠١٢٩- وأما المكروه تكلموا، والمختار ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه إلى الحرام أقرب كيف؟ وقد روى عن محمد نصّا بأن كل مكروه حرام ما لم يعم الدليل بخلافه.

١٠١٣٠- وفى "فتاوى أهل سمرقند": غصب حانوتًا، وعمل به وربح، طاب له الربح؛ لأنه حصل بالتجارة.

فى "فتاوى أبى الليث": لو أغلف دود القزّ من أوراق اتخذها بغير إذن مالكها، قال أبو القاسم: عليه أن يتصدق بالفضل على قيمة دوده يوم يبيع الفيلج.

١٠١٣١- فى "المنتقى": قال أبو يوسف: إذا غصب رجل أرضًا وبناها حوانيت وحمّامًا ومسجدًا، فلا بأس بالصلاة فى ذلك المسجد، فأما الحمام فلا يدخل، ولايستأجر الحوانيت، قال: ولا بأس أن يدخل الحوانيت لشراء متاع.

قال هشام: وأنا أكره الصلاة فيه، حتى يطيب ذلك أربابه، وأكره شراء المتاع من أرض الغصب، أو حوانيت غصب، ولا أرى أن تقبل شهادة الذى يبيع فى حوانيت الغصب، إذا علم أنّ ذلك غصب، وإذا أراد أن يمرّ فى أرض الغير إن كان له طريق ليس له أن يمرّ فى طريق الغير، وإن لم يكن له طريق آخر له أن يمرّ فى أرض الغير ما لم يمنعه من ذلك صريحًا، وهذا فى حق الواحد، أما الجماعة فليس لهم أن يمرّوا فى أرض الغير إلا برضاه صريحًا؛ لأن مرور الواحد لا يضرّ بالأرض، فكان صاحب الأرض راضيًا به دلالة، والعمل بالدلالة واجبٌ، إلا إذا جاء الصريح بخلافه، بخلاف مرور الجماعة؛ لأنه يضر بالأرض ضررًا فاحشًا، فلم يكن صاحب الأرض راضيًا به دلالة، فيشترط الرضا صريحًا.

١٠١٣٢- وإذا أراد المرور فى الطريق المحدث، إن علم أن صاحب الملك هو الذى جعل ملكه طريقًا، حل له المرور فيه، وإن لم يعلم ذلك، ولكن لا يعلم أيضًا أنه غصب، فكذلك الجواب، هكذا ذكر عن جماعة من مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى -والله أعلم-.

الفصل العاشر
في الأمر بالإتلاف، وما يتصل به

١٠١٣٣- وإذا أمر غيره بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ، ولا رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح، وفي كل موضع لم يصح الأمر، فالضمان على المأمور من غير رجوع.

أما الجاني إذا أمر العوان بالأخذ[1]، قال الصدر الشهيد: فيه نظر باعتبار الظاهر، لا ضمان على الجاني، وإنما الضمان على الآخذ، وباعتبار السعاية يجب الضمان على الجاني، فيتأمل عند الفتوى، والمختار أنه لا يجب الضمان على الجاني.

١٠١٣٤- وفي الجاني إذا رأى العوان بيت صاحب الملك، فلم يأمره بشيء، أو الشريك إذا رأى العوان بيت الشريك حتى أخذ المال، وأخذ من بيته رهنًا بالمال الذي طولب لأجل ملكه، وضاع الرهن، فالشريك والجاني لا يضمنان بلا شبهة. والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأنه لم يوجد منهما أمر، ولا حمل، ودفع العوان في الجملة ممكن بطريقه، فأما دفع السلطان فغير ممكن.

١٠١٣٥- وإذا أمر الرجل غيره أن يذبح له هذه الشاة، وكانت الشاة لجاره، ضمن الذابح، علم أن الشاة لغير الآمر أو لم يعلم، وهل يرجع بالضمان على الآمر إن علم أن الشاة لغير الآمر، حتى علم أن الأمر لم يصح، لا يكون له حق الرجوع، وإن لم يعلم حتى ظن صحة الأمر، رجع. ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة مع أجناسها في شرح كتاب الديات.

١٠١٣٦- في غصب "فتاوى أبي الليث": سئل أبو بكر عن رجل جاء بدابة في شط نهر ليغسلها، وهناك رجل واقف، فقال الذي جاء بالدابة للرجل الواقف: أدخل هذه الدابة النهر، فأدخلها، وغرقت الدابة، وماتت الدابة، والآمر سائس الدابة، إن كان الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم للغسل والسقي، لا ضمان على أحد، لأن للسائس أن يفعل ذلك بيده، وبيد غيره، وإن لم يكن الماء بحال يدخل الناس دوابهم فيه، فلصاحب الدابة الخيار، إن شاء ضمن السائس، وإن شاء ضمن المأمور، هكذا ذكر ههنا.

---

(١) هذه العبارة وردت في الأصل ونسختي "ظ" و"ف"، ووردت في نسخة "م": إذا أمر العوان لأخذ مال الغير، قال صدر الشهيد. . . إلخ.

وفيه نظر، ينبغي أن لا يجب الضمان على الآمر [وهو السائس؛ لأن مجرد الأمر بالإتلاف إنما يوجب الضمان على الآمر][1] إذا كان الآمر هو السلطان، ومن بمعناه، فإن ضمن السائق لا يرجع السائس على المأمور، وإن ضمن المأمور، وكان المأمور لم يعلم أن الآمر سائس الدابة حتى ظن صحة الأمر، رجع على السائس.

١٠١٣٧- وفيه أيضًا رجل قال لغيره: خرق ثوبي هذا، وألقِه في الماء، ففعل المأمور ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل بأمره، ولكنه يأثم؛ لأنه إضاعة المال بلا فائدة.

١٠١٣٨- في "العيون": قال لآخر: احفر لي بابًا في هذه الحائط، ففعل، فإذا الحائط لغيره، ضمن الحافر؛ لأنه أتلف ملك الغير، ويرجع على الآمر؛ لأن الأمر قد صح بزعمه، فإنه قال: احفر لي، وأنه يدل على كونه مالكًا، وكذلك إذا قال: احفر في حائطي، أو لم يقل ذلك، ولكن كان ساكنًا في تلك الدار؛ لأنه من علامات الملك، وكذلك إذا استأجره على ذلك؛ لأنه من علامات الملك أيضًا.

ولو لم يقل: في حائطي، ولم يكن ساكنًا في تلك الدار، ولم يستأجره على ذلك، فلا رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه[2].

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي حاشية نسخة "ظ": وهذه المسألة تخالف مسألة ذبح الشاة التي تقدم ذكرها -والله أعلم-.

الفصل الحادى عشر
فى زراعة الأرض المغصوبة والبناء فيها

١٠١٣٩- فى "فتاوى أبى الليث" : غصب من آخر أرضًا ، وزرعها ، ونبت ، فلصاحبها أن يأخذ الأرض ، ويأمر الغاصب بقلع الزرع ، تفريغًا لملكه ، فإن أبى أن يفعل ، فللمغصوب منه أن يفعل ما لو رفع إلى الحاكم كان يفعله ، يريد به أن للمغصوب منه أن يقلعه بنفسه .

١٠١٤٠- فى "العيون" : غصب من آخر أرضًا ، وزرعها حنطة ، ثم اختصما ، وهى بزر لم ينبت بعد ، فصاحب الأرض بالخيار ، إن شاء تركها حتى ينبت ، ثم يقول له : اقلع زرعك ، وإن شاء أعطاه ما زاد البزر فيه ، وطريق معرفة ذلك ما روى هشام عن محمد : أنه يقوم الأرض ، وليس فيها بزر ، وتقوم وفيها بزر ، ويضمن فضل ما بينهما ، وروى المعلى عن أبى يوسف : أنه يعطيه مثل بذره . والمختار أنه يقوم الأرض غير مبذور فيها ، ويقوم وهى مبذورة فيها بذرا لغيره حق القلع ، ففضل ما بينهما قيمة بذر مبذور فى أرض الغير لذلك الغير حق القلع .

١٠١٤١- فى "المنتقى" المعلى فى نوادره عن أبى يوسف : أرض بين رجلين ، زرعها أحدهما بغير إذن شريكه ، فتراضيا على أن يعطى غير الزارع نصف البذر ، ويكون الزرع بينهما نصفين ، قال : إن كان ذلك منهما بعد ما نبت الزرع [فهو جائز ، وإن كان قبل أن ينبت لا يجوز][1] ؛ لأن غير الزارع يصير مشتريًا نصف الزرع ، وشرى الزرع قبل النبات لا يجوز . وإن كان الزرع قد نبت ، فأراد الذى لم يزرع أن يقلع الزرع [فإن الأرض تقسم بينهما نصفان ، كما أصاب الذى لم يزرع من الأرض قلع ما فيها من الزرع][2] ، ويضمن له الزارع ما دخل أرضه من نقصان القلع .

١٠١٤٢- غصب تالة من أرض إنسان ، وزرعها فى ناحية أخرى من تلك الأرض ، فكبرت التالة ، وصارت شجرة ، فالشجرة للغارس ، وعليه قيمة التالة لصاحبها يوم غصبها ، ويؤمر الغارس بقلع الشجرة ، وكذلك لو غرس تالة نفسه فى أرض غيره ، فلصاحب الأرض أن يأخذ بقلعها ، فإن كان القلع يضر بالأرض ، أعطاه صاحب الأرض قيمة شجرته ، ولكنه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا .

تقوم مقلوعة، كذا قيل.

وعلى قياس مسألة الزرع الذى تقدم ذكرها يمكن أن يقال: أعطاه صاحب الأرض قيمة شجرة لغيرها حق القلع.

١٠١٤٣- وفى "فتاوى الفضلى": رجل زرع أرض نفسه، فجاء آخر وألقى بذره فى تلك الأرض، وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض، أو لم يقلب، وسقى الأرض حتى نبت البذران، فالثابت يكون للثانى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن خلط الجنس بالجنس عنده استهلاك، وللأول على الثانى قيمة بذر، ولكن مبذوراً فى أرض نفسه، فتقوم الأرض ولا بذر فيها، وتقوم وفيها بذر، ويرجع بفضل ما بينهما.

فإن جاء الزارع الأول، وهو صاحب الأرض، فألقى فيها بذر نفسه مرة أخرى، وقلب الأرض قبل أن ينبت البذران، أو لم يقلب، وسقى الأرض، فنبت البذر كلها، فجميع ما ينبت لصاحب الأرض، وعليه للغاصب مثل بذر، ولكن مبذوراً فى أرض غيره، هكذا ذكر فى "فتاوى الفضلى"، ولم يشبع الجواب، والجواب المشبع أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره مبذوراً فى أرض نفسه، ثم يضمن صاحب الأرض للغاصب قيمة البذرين، لكن مبذوراً فى أرض الغير؛ لأن الإتلاف كذلك ورد.

هذا كله إذا لم يكن الزرع نابتًا، فأما إذا نبت زرع المالك، فجاء رجل، وألقى بذره، وسقى، فإن لم يقلب حتى نبت الثانى، فالجواب كما قلنا، وإن كان قلب، فإن كان الزرع النابت إذا قلب نبت مرة أخرى، فالجواب كما قلنا. وإن كان لاينبت مرة أخرى، فما نبت فهو للغاصب، ويضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتًا؛ لأن الإتلاف كذا ورد.

١٠١٤٤- وفى "النوازل": غصب أرضًا، وبنى فيها حائطًا، فجاء صاحب الأرض، وأخذ الأرض، فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط، فإن كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الأرض ليس له النقض ويكون لصاحب الأرض؛ لأنه لو نقض صار ترابًا كما كان، فيكون عليه تركه، فلا يفيد النقض، وإن بنى الحائط لا من تراب هذه الأرض، فله النقض لأنه لو نقض لا يكون عليه تركه، بل يكون له النقل، فكان النقض مفيداً.

وفى "فتاوى أهل سمرقند": بنى رجل حائطًا فى كرم رجل بغير أمره، فإن لم يكن للتراب قيمة، فالحائط لصاحب الكرم، والبانى معين؛ لأنه لم يصر غاصبًا للتراب، وإن كان للتراب قيمة، فالحائط للبانى، وعليه قيمة التراب؛ لأنه صار غاصبًا للتراب، فصار ضامنًا -ولله الحمد-.

الفصل الثانى عشر
فيما يلحق[1] العبد الغصب فيجب على الغاصب ضمانه

١٠١٤٥- قال القدورى فى كتابه : غصب من آخر عبدًا، أو جارية، فأبق فى يد الغاصب، ولم يكن أبق قبل ذلك، أو زنت، أو سرقت، ولم تكن فعلت ذلك قبله، فعلى الغاصب ما انتقص بسبب السرقة، والإباق، وعيب الزنا؛ لأن هذه العيوب من الأمة توجب نقصان القيمة، والواجب على الغاصب أن يرده على الوجه الذى غصبه، فيلزمه نقصان ذلك ليحصل الرد على الوجه الذى غصبه معنى. وكذلك كل ما حدث فى يد الغاصب مما ينقص القيمة من عور أو شلل، أو ما يشبه ذلك، كان مضمونًا عليه، فيقوم العبد صحيحًا، ويقوم وبه العيب، فيأخذه، ويرجع بفضل ما بينهما.

وإن أصابته حمى فى يد الغاصب، أو أصابه بياض فى عينه، ثم رده على المولى، ورد معه الأرش، ثم ذهبت الحمى، وزال البياض، فللغاصب أن يرجع على المولى بالأرش.

١٠١٤٦- وإن حبلت عند الغاصب من الزنا، فردها على المولى كذلك، فإنه يرد معه النقصان، فينظر إلى أرش عيب الزنا، وإلى ما نقصها الحبل، فيضمن الأكثر من ذلك، ويدخل الأقل فى الأكثر، وهذا استحسان، أخذ به أبويوسف، فإن السبب متحد، وهو الزنا، فيتعذر الجمع بين [الصحابة][2]، ويدخل الأقل فى الأكثر، والقياس أن يضمن الأمرين جميعًا، وهو قول محمد؛ لأنهما عيبان مختلفان.

فإن ولد فى يد المالك، وسلمت من الولادة، فالمروى عن أبى يوسف: أنه ينظر إلى أرش الحبل، وإلى أرش عيب الزنا، فإن كان أرش عيب الزنا أكثر، لايرد شيئًا، وإن كان أرش الحبل أكثر، رد الفضل عن أرش عيب الزنا؛ لأن عيب الزنا ثابت، وقد ذهب عيب الحبل.

١٠١٤٧- وإن ماتت من الولادة، وبقى ولدها، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: ضمن الغاصب جميع قيمتها، وعلى قولهما: ضمن نقصان الحبل خاصةً، هكذا ذكر القدورى.

وفى "المنتقى": عن محمد أن الجارية تقوم غير حامل، ولا زانية، وتقوم وهى حامل زانية، فيرجع بفضل ما بينهما.

---

(١) ورد فى نسخة "ظ": يلتحق.

(٢) هكذا ورد فى النسخ البواقى التى عندنا، وكان فى الأصل: بياض.

١٠١٤٨- ولو حبلت عند الغاصب من زوج قد كان لها فى يدى المولى، فلا ضمان على الغاصب فى ذلك بحال؛ لأن ذلك من تسليط المولى الزوج عليه، فأشبه فعل المولى. ولو أحبلها المولى بنفسه فى يد الغاصب لا ضمان على الغاصب فى ذلك، كذا ههنا.

ولو حمت فى يد الغاصب، ثم ردها على المولى، فماتت فى يد المولى بالحمى التى كانت فى يد الغاصب، لم يضمن الغاصب إلا ما نقصها الحمى؛ لأن الموت إنما يحصل بزوال القوى، وذلك مرادف الآلام، فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان فى ضمان الغاصب، وإنما الحاصل فى ضمانه الحمى، فيضمن قدر نقصان الحمى لهذا.

١٠١٤٩- ولو غصب جارية محمومة، أو حبلى، أو بها جراحة، أو مرض، فماتت من ذلك فى يد الغاصب، فهو ضامن قيمتها، وبها ذلك المرض.

١٠١٥٠- ولو قتل العبد المغصوب فى يد الغاصب قتيلا حرّا، أو عبدًا، أو جنى جناية فيما دون النفس، يخير المولى بين الدفع والفداء، ويرجع على الغاصب بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية.

وإن استهلك مالا، وخوطب المولى بالبيع والفداء، رجع بالأقل من قيمته، ومما أدى عنه من الدين.

١٠١٥١- وإن غصبه، وقيمته ألف درهم، فصار قيمته بعد ذلك ألفى درهم، ثم قتله قاتل فى يد الغاصب، فالمولى بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم، ويرجع الغاصب على القاتل بألفى درهم، ويتصدق بالألف الزائدة، وإن شاء ضمن العاقلة قيمته يوم القتل ألفى درهم، ولا يرجع القاتل على الغاصب.

١٠١٥٢- ولو قتل العبد نفسه فى هذه الصورة، يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم، ولا يضمن قيمته يوم القتل؛ لأن قتل الإنسان نفسه لا يتعلق به حكم، فصار كموته.

الفصل الثالث عشر
فی غاصب الغاصب، ومودع الغاصب

١٠١٥٣- يخير المالك بين تضمين الغاصب وبين تضمين غاصب الغاصب، وكذلك يخير بين تضمين الغاصب وبين تضمين مودعه؛ لأن كل واحد منهما متعدّ فی حقه، فإن أراد المالك أن يضمن كل واحد منهما نصف قيمة المغصوب، فله ذلك.

١٠١٥٤- ذكر شيخ الإسلام فی باب الرهن: يوضع على يدى عدل، وإذا ضمن المالك أحدهما، إما الغاصب، وإما غاصب الغاصب، أو مودعه، برأ الآخر عن الضمان، وأما إن اختار تضمين أحدهما، ولم يضمنه بعد، فهل يبرأ الآخر عن الضمان؟ ففيه روايتان: فإن ضمن الغاصب الأول رجع على الغاصب الثانی، وإن ضمن الغاصب الثانی، فالغاصب الثانی لا يرجع على الغاصب الأول، وإن ضمن مودع الغاصب إن لم يعلم المودع، يكون المال غصبًا، رجع بما ضمن على الغاصب المودع، وذكر شيخ الإسلام أنه لا يرجع.

وذكر شمس الأئمة الحلوانی أن فيه شبهة اختلاف الرواية.

١٠١٥٥- فی "المنتقى" ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب الأول، ورضی به الغاصب الأول، أو لم يرضَ، إلا أن القاضی قضى له بالقيمة على الأول، فليس له أن يرجع عن ذلك، ويضمن به الثانی، وإن لم يرضَ به الأول، ولم يقضِ القاضی بالقيمة للمغصوب منه على الأول، كان له أن يرجع عن ذلك، ويضمن به الثانی، وإن لم يرضَ به الأول.

فإن اختار تضمين الأول، فلم يعطه الأول شيئًا، وهو معدوم، فالقاضی يأمر الأول بقبض ماله على الثانی، ويدفع ذلك إلى المغصوب منه، فإن أبی الأول ذلك، فمولى العبد إذا أحضرهما، قبلت منه البينة على الغاصب الثانی للغاصب الأول، حتى يؤخذ ذلك من الثانی، فيقبضه المغصوب منه. قال: وهذا بمنزلة رجل له على رجل دين، وللمطلوب على رجل آخر دين.

١٠١٥٦- وفيه أيضًا: ابن سماعة عن أبی يوسف عن أبی حنيفة رحمهما الله تعالى: فی رجل غصب من آخر عبدًا، فقتله قاتل فی يد الغاصب، واختار المالك تضمين أحدهما، لاسبيل على الآخر، وقال أبويوسف: له أن يضمن ما لم يقبض القيمة من الذی اختار

تضمينه.

قال: وإن أبرأ الغاصب، فهو برىء، ولا يرجع عليه بعد الإبراء بشىء، وإن أبرأ القاتل، فله أن يعود فيما أبرأه منه، ويؤخذ منه قيمة عبده؛ لأن ذلك يؤخذ منه على كل حال.

ألا ترى أن المولى إذا أبرأ القاتل، كان للغاصب أن يضمن القاتل، ولو أبرأ الغاصب على أنه إن لم يأخذ القيمة من القاتل، رجع على الغاصب، فله أن يعود، ويضمنه.

عن ابن سماعة: أنه كتب إلى محمد بن الحسن فى رجل غصب من آخر عبدًا، وقتله فى يده خطأ، واختار المولى اتباع الغاصب بنصف قيمة العبد حالا، واتباع عاقلة القاتل بنصف القيمة مؤجلا، فأجاب أن له ذلك.

١٠١٥٧- غاصب الغاصب ومودع الغاصب يبرآن بالرد على المالك، وكذا يبرآن بالرد على الغاصب، إلا رواية عن أبى يوسف. وكذلك إن كان المودع صبيًا محجورًا، وكذلك إن كان رب الوديعة صبيًا، أو عبدًا؛ لأن المسقط للضمان فى حق المودع رده إلى من أخذه منه، وذلك متحقق. وإن كان المستودع دفعها إلى إنسان بأمر الغاصب، كان للمغصوب منه أن يضمنه؛ لأن فى الفصل الأول إنما برئ عن الضمان؛ لأنه رده إلى من أخذ منه، فانتسخ حكم فعله، أما ههنا ما رده إلى من أخذ منه، إنما رده إلى غيره، وذلك سبب الضمان، فافترقا.

١٠١٥٨- وفى "فتاوى أبى الليث": غصب رجل من رجل مالا، فغصب من ذلك المال، غرم للمغصوب منه، قال أبو نصر: كان نصير يقول: يبرأ الغاصب الأول، وكان محمد ابن سلمة يقول: للمغصوب منه الخيار، قال الصدر الشهيد: هو المختار على ما يأتى بيانه فى المسألة التى تلى هذه المسألة، فإن ضمن الثانى صار قصاصًا بدينه وبرئ الأول، وإن ضمن الأول لا يبرأ الثانى.

١٠١٥٩- وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل له على آخر دين، فأخذ من ماله مثل حقه، قال أبو نصر محمد بن سلام: يصير غاصبًا، ويصير ما أخذ قصاصًا بما عليه؛ لأنه أخذ بغير إذنه، قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يصير غاصبًا؛ لأنه أخذ بإذن الشرع، لكن يصير مضمونًا عليه؛ لأن طريق قضاء الدين هذا، فلو أخذ ذلك غير صاحب الدين، ودفعه إلى صاحب الدين، قال محمد بن سلمة: المغصوب منه بالخيار، إن شاء ضمن الآخذ، وإن شاء ضمن صاحب الدين؛ لأن الأول غاصب، والثانى غاصب أو غير غاصب، لكن مضمونًا عليه، فإن اختار تضمين الآخذ، لم يصر قصاصًا بدينه [وإن اختار تضمين صاحب الدين، صار قصاصًا بدينه][1]؛ لأن الآخذ كالمعين لصاحب الدين على أخذ حقه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الرابع عشر
في غصب الحر والعبد والمكاتب

١٠١٦٠- في "المنتقى" : ابن سماعة عن محمد : في رجل خدع امرأة رجل، أو ابنته، وهي صغيرة، أخرجها من منزل أبيها أو زوجها، قال : أحبسه حتى يأتي بها، أو يعلم حالها.

وفيه أيضًا عن أبي يوسف : رجل سرق صبيًا، فسرق من يده، ولم يستبن له موت، ولا قتل، لم يضمن، ولكنه يحبس حتى يأتي به، أو يعلم بحاله.

وفي القدوري : لو غصب صبيًا حرًا من أهله، فمرض، فمات في يده، فلا ضمان عليه؛ لأن الحر ليس بمحل للغصب حتى يجب الضمان بصورة هذا الفعل، فلا يضمن بالموت؛ لأنه أمر مجبور عليه، لاصنع فيه لأحد.

ولو عقره سبع في يده، أو نهشه حية، فمات، فعلى عاقلة الغاصب الدية، وكذلك لو وقع عليه حائط، أو وقع في بئر كان على عاقلة الغاصب الدية.

ولو قتل هذا الصبي رجل خطأ في يد الغاصب، فلأولياء الصبي أن يتبعوا عاقلة أيهما شاؤوا، فإن ضمنوا عاقلة الغاصب رجعوا على عاقلة القاتل.

وإن قتل الصبي نفسه، فديته على عاقلة الغاصب، ولا يرجعون بها على عاقلة الصبي، وكذلك لو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل، وما أشبه ذلك، وكذلك لو أركبه دابة، فألقى نفسه منها. وهذا كله قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد : لا ضمان على الغاصب بجناية الصبي على نفسه.

١٠١٦١- ولو قتل رجل هذا الصبي عمدًا في يد الغاصب، فللأولياء أن يتبعوا القاتل، فيقتلوه، وعند ذلك يبرأ الغاصب، وإن شاؤوا اتبعوا عاقلة الغاصب بالدية، ورجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدًا.

١٠١٦٢- ولو قتل هذا الصبي إنسانًا في يد الغاصب، فرده على الولي، وضمن عاقلة الصبي الدية، لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء؛ لأنهم لو رجعوا على الغاصب، لرجعوا بحكم الغصب، والحر لا يضمن بالغصب.

١٠١٦٣- ولو غصب مدبرًا، ومات في يده، ضمن، ولو غصب أم ولد، وماتت في يده، لم يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما : يضمن، ولو غصب مكاتبًا، ومات في يده ضمن بلا خلاف، كما لو غصب مدبرًا.

الفصل الخامس عشر
في المتفرقات

١٠١٦٤- وإذا باع الغاصب المغصوب من رجل، وأجاز المالك بيعه، صحت الإجازة إذا استجمعت الإجازة شرائطها، وهو قيام البائع والمشترى والمعقود عليه، وأن تكون الإجازة قبل الخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ولا يشترط قيام الثمن فى ظاهر الرواية إذا كان البيع بالدراهم والدنانير.

وإن كان المالك قد خاصم الغاصب فى المغصوب، وطلب من القاضى أن يقضى له بالملك، ثم أجاز البيع، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا تصح إجازته، وهكذا ذكر شمس الأئمة الحلوانى، وشيخ الإسلام خواهر زاده، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه: أن الإجازة صحيحة فى ظاهر الرواية، وذكر فى "النوادر": أنها لا تصح.

فوجه قول أبى يوسف ومحمد: إن الإجازة لاقت عقداً موقوفًا، فيصح، كما قبل الخصومة. بيانه أن الفسخ لم يوجد من المالك نصّاً لو ثبت مقتضى الخصومة، والخصومة كما تكون لاستدامة الملك فيما يخاصم فيكون فسخًا يكون لإثبات الملك لنفسه، حتى يخير العقد فيه.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن الإجازة صحيحة قبل الخصومة، فتكون الخصومة لاستدامة الملك لا لصحة الإجازة، فثبت استدامة الملك مقتضى الخصومة، فيكون ذلك فسخًا للعقد، كما لو ثبت استدامة الملك نصّاً.

فإن كان لا يعلم قيام البيع وقت الإجازة، بأن كان قد أبق من يد المشترى، فى ظاهر الرواية أن الإجازة صحيحة، وروى عن أبى يوسف أنها لا تصح.

وإن كان الغاصب قد قبض الثمن، وهلك فى يده، ثم أجاز المالك البيع، هلك الثمن على ملك المغصوب منه، اعتباراً للإجازة فى الانتهاء بالإذن فى الابتداء.

١٠١٦٥- ذكر شيخ الإسلام فى أول صلح الجامع: إذا قال الرجل لغيره: اسلك هذا الطريق، فإنه آمن، فسلك، وأخذه اللصوص، لا يضمن. ولو قال: إن كان مخوفًا، وأخذ مالك، فأنا ضامن، وباقى المسألة بحالها يضمن. وصار الأصل فى جنس هذه المسألة: أن الغرور إنما يثبت حق الرجوع للمغرور على الغار، إذا حصل ذلك فى ضمن عقد معاوضة، أو

ضمن الغار المغرور صفة السلامة نصًا، وكذلك إذا قال: كل هذا الطعام، فإنه طيب، فإذا هو مسموم، فهو على ما قلنا.

نخلة لرجل في ملكه، خرج بسعفها إلى جاره، فأراد جاره أن يقطع ذلك ليفرغ هواه، كان له ذلك، هكذا ذكر محمد رحمه الله.

قال الناطفي في "واقعاته": ظاهر لفظ محمد يفيد ولاية القطع بغير إذن القاضي، قيل: وهذا على وجهين: إن كان يمكن تفريغ الهواء بمد السعف إلى النخلة، والشد عليها، ليس له أن يقطع، ولو قطع يضمن، ولكن يطلب من صاحبه أن يمد السعف إلى النخلة، ويشد عليها بالحبل، ويلزمه القاضي ذلك إن لج، وكذلك إذا أمكنه مد بعض السعف إلى النخلة والشد عليها، ليس له أن يقطع ذلك البعض، فأما إذا لم يكن تفريغ الهواء إلا بالقطع، فالأولى أن يستأذن صاحب النخلة، حتى يقطع بنفسه، أو يأذن له بالقطع، فإن استأذن، وأبى يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القطع، فإن لم يفعل الجار شيئًا من ذلك، ولكن قطع بنفسه ابتداء، فإن قطع من موضع لا يكون القطع من موضع آخر أعلى منه، أو أسفل أنفع للمالك، لا يضمن، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح.

١٠١٦٦- وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح: أنه إذا أراد القطع، فإنما يقطع في ملك نفسه، ولا يكون له أن يدخل بستان جاره حتى يقطعه، قال رحمه الله تعالى: وقد قال بعض مشايخنا: إنما يكون له أن يقطع من جانب نفسه إذا كان قطعه من جانب نفسه مثل قطعه من جانب صاحبه من الضرر، أما إذا كان قطعه من جانب صاحبه أقل ضررًا، ليس له أن يقطع، ولكن يرفع الأمر إلى القاضي ليأمره بالقطع، فإن لج وأبى، بعث القاضي نائبه حتى يقطعه من جانب النخلة. ثم في الموضع الذي لا يضمن إذا قطع بنفسه، لا يرجع على صاحب النخلة بما أنفق في مؤنة القطع؛ لأنه كان يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بذلك، أو يأمر صاحب النخل، فإن لم يفعل صار متبرعًا.

١٠١٦٧- أخرج شجرة الجوز جوزات صغارًا رطبة، فأتلف إنسان تلك الجوزات، يضمن نقصان الشجرة؛ لأن تلك الجوزات وإن لم يكن لها قيمة، وليست بمال حتى يضمن بالإتلاف، لا على الشجرة، فإتلافها على الشجرة ينقص قيمة الشجرة، فينظر أن هذه الشجرة بغير تلك الجوزات بكم تشترى، ومع تلك الجوزات بكم تشترى، فيضمن فضل ما بينهما.

١٠١٦٨- رجل غصب من آخر ثوبًا، فقطعه قميصا، وخاطه، فاستحق رجل

القميص، رجع المغصوب منه بقيمة الثوب على الغاصب؛ لأن هذا قضاء بالملك بسبب حادث من جهة المدعى عليه، فلا يظهر أن الغاصب لم يغصب مال المغصوب منه.

١٠١٦٩- وكذلك لو غصب [حنطة، فطحنها، فاستحق دقيقها، رجع المغصوب منه على الغاصب منه بحنطة مثلها.

١٠١٧٠- وكذلك لو غصب][1] لحمًا فشواه، فاستحق الشواء، فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بقيمة اللحم، ولو كان المستحق أقام البينة أن اللحم كان له قبل أن يشويه، أو كان الثوب له قبل أن يخيطه، أو كانت الحنطة له قبل الطحن لم يرجع المغصوب منه على الغاصب بشيء؛ لأن هذا قضاء بالملك من الأصل، فتبين أن الغاصب لم يغصب مال المغصوب منه. هذه المسائل مع أجناسها في الباب الثاني من بيوع الجامع.

١٠١٧١- حمل على حمار غيره شيئًا بغير أمره، فتورم ظهر الحمار، فشق رب الحمار الورم، فانتقص قيمة الحمار، فإنه يتلوم بالحمار إن اندمل من غير نقصان، فلا ضمان على الذي حمل، وإن اندمل مع النقصان، ينظر إن كان النقصان من الورم، فضمان ذلك على الغاصب؛ لأنه حصل من فعله، وإن انتقص من الشق، فلا ضمان على الغاصب. وكذلك إذا مات، كان الجواب كما قلنا.

فإن اختلفا، فقال صاحب الحمار: الموت كان من الورم، وقال الغاصب: كان من الشق، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

١٠١٧٢- في غصب "فتاوى أبي الليث": إذا استهلك رجل أحد مصراعي باب غيره، أو أحد زوجي خف غيره، أو ما أشبه ذلك، كان للمالك أن يسلم الباقي، ويأخذ قيمتها منه. في الجامع في باب الشيئين اللذين هما[2] كشيء واحد.

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف: رجل استهلك فرد نعل لرجل، لم يضمن إلا قيمة ما استهلك، ولا يدفع إليه الأخرى، ويضمنهما جميعًا.

قال: وكذا لو أحرق مصراعًا لرجل، أو أحد خفيه، قال: أرأيت لو كسر حلقة خاتم فيها فص، قيمته مائة، أكنت أضمن الفص والخاتم؟ ولا أضمن إلا ما استهلك.

١٠١٧٣- قال ثمه: ولو كسر أحناء سرج ضمنه، ولم يضمن السرج؛ لأن هذا يخلص منه بلا ضرر. وكل شيئين منفردين، أو شيء واحد يخلص بعضه عن بعض بلا ضرر، مثل

---

(١) هذه العبارة وردت في النسخ التي توجد عندنا كلها.

(٢) ورد في نسختي "م" و "ف": كأنهما شيء واحد.

أحناء سرج ودفتيه، فإنه يضمن ما جنى عليه من ذلك، ولايضمن غيره.

١٠١٧٤- إذا جاء الرجل بالحنطة إلى الطحان، ووضعها صحن الطاحونة، وأمر صاحب الطاحونة أن يدخلها بالليل فى بيت الطاحونة، فلم يدخلها حتى نقب الحائط بالليل، وسرقت الحنطة، فإن كان صحن الطاحونة محوطا بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقى إلا بسلم، فلا ضمان، وإن كان بخلافه، وجب الضمان؛ لأنه فى هذا الوجه مضيع، وفى الوجه الأول ليس بمضيع.

١٠١٧٥- فى "فتاوى أبى الليث": هدم بيت نفسه وانهدم من ذلك بيت جاره، فلا ضمان.

١٠١٧٦- فى "فتاوى أهل سمرقند": إذا دفع إلى القصار ثوبًا ليقصر فلف القصار فى الثوب الخبز، وذهب به حيث يقصر الثياب، فسرق الثوب منه، فإن لف الثوب على الخبز كما يلف المنديل على ما يجعل فيه، وعقده، فهو ضامن؛ لأنه استعمله استعمالا معتادًا، فصار غاصبًا، وإن جعل الثوب تحت إبطه، ودس فيه الخبز، فلا ضمان فى هذا الموضع أيضًا.

١٠١٧٧- وفيه أيضًا: الحمال إذا ترك فى مفازة، وتهيأ له الانتقال، فلم يفعل حتى فسد المتاع بمطر، أو سرق، فهو ضامن، هكذا ذكر. قيل: هذا إذا كان السرقة والمطر غالبًا؛ لأنه حينئذٍ يكون مضيعًا، وقيل أيضًا: ويشترط ذلك أن لا يكون المالك معه، حتى إذا كان المالك معه فلا ضمان.

وفيه أيضًا: إذا دفع حمولة إلى حمال ليحملها إلى بلده، فجاء الحمال إلى نهر عظيم، وفى النهر جمد كثير يجرى كما يكون فى الشتاء، فركب الحمال حملا من الأحمال، والحمال الآخر يدخل الماء على أثر هذا الحمل، فنفر حمل من الأحمال فى الماء من جريان الحمل، وسقط الحمل فى الماء، قال: إن كان الناس يسلكون فى مثل هذا، ولا ينكرون جدّا، فلا ضمان.

١٠١٧٨- جاء إلى قطار إبل، أدخل بعضها، فلا ضمان؛ لأنه لم يغصب إبلا.

غصب بيضتين، فحضن أحدهما تحت دجاجة له، وحضنت دجاجة أخرى له على البيضة الأخرى، فالفروختان له، وعليه بيضتان؛ لأنه استهلك الأولى، وهلكت الأخرى فى ضمانه، ولو كان مكان الغصب وديعة فالتى حضنت الدجاجة لصاحب البيضة؛ لأن الأمانة هلكت، فى "العيون".

١٠١٧٩- فى "مجموع النوازل": رجل غصب من رجل بقرة، وغصبها آخر من

الغاصب، ثم سرقها المالك من الغاصب الثاني لعجزه عن استردادها منه مجاهرة، ثم الغاصب الثاني غلب على المالك، وغصب البقرة منه، فلا خصومة لصاحب البقرة مع الغاصب الأول؛ لأن عين ما غصب منه الغاصب الأول قد وصل إليه.

١٠١٨٠- سئل قاضي القضاة شمس الإسلام محمود الأوزجندي: عن رجل دفع إلى آخر غلامه مقيداً بالسلسلة، وقال: اذهب به إلى بيتك مقيداً مع السلسلة، فذهب به بدون السلسلة، وأبق العبد، قال: لا ضمان؛ لأنه أمره بشيئين، وقد أتى بأحدهما.

١٠١٨١- آجر غنماً بغير إذن صاحبها، وجعل صوفها لبوداً، فاللبود له؛ لأنه حصل بصنعه، فبعد ذلك ينظر إن كان جز الصوف لا ينقص من قيمة الغنم شيئاً، فعليه مثل ذلك الصوف، وإن كان نقص فهو بالخيار، إن شاء ضمنه مثل ذلك الصوف، وإن شاء ضمنه ما دخل النقصان الغنم.

١٠١٨٢- في "فتاوى أبي الليث": غصب من آخر عبداً، أو جارية، وغاب المغصوب منه، فجاء الغاصب إلى القاضي، وطلب من القاضي أن يأخذ المغصوب منه، وأن يفرض له النفقة، فحاصل الجواب في هذه المسألة أن القاضي يفعل ما هو الأصلح فيه في حق الغائب، فإن كان الأصلح أن يأخذ منه بأن كان الغاصب مخوفاً، يأخذ ويبيعه إن رأى المصلحة في البيع، وإن كان الأصلح أن يتركه في يد الغاصب تركه.

١٠١٨٣- حريق وقع في محلة، فهدم إنسان دار رجل بغير أمر صاحبها، حتى انقطع الحريق من داره، فهو ضامن إذا لم يفعل بإذن السلطان، ولكن لا إثم عليه في ذلك؛ لأنه هدم ملك الغير بغير إذنه [وبغير إذن من يلي عليه، ولكن يعزر، فهو نظير المضطر يتناول طعام الغير بغير إذنه][1].

١٠١٨٤- في "فتاوى أبي الليث": حمولة حملت عليها حمولات لأقوام، بعض أرباب الحمولات معها، فاستقرت السفينة في جزيرة، فأخرج بعض الحمولات ليخف السفينة، ووضعت في الجزيرة، وضاعت الحمولات، فإن كان لا يخاف الغرق، فالذي أخرج الحمولات ضامن، وإن كان يخاف الغرق، فإن ضاعت الحمولات قبل أن يقع الأمن عن الغرق، فلا ضمان، وإن ضاعت بعد ما وقع الأمن، فهو ضامن. وهذا لأن إخراج بعض الحمولات إذا خيف الغرق على السفينة ليس بجناية، ولكن على الذي أخرج إعادتها إلى السفينة بعد ما وقع الأمن من الغرق، فيصير تارك الإعادة في هذه الحالة ضامناً جانياً.

---

(١) وردت هذه العبارة في نسختي "ظ" و "ف".

١٠١٨٥- في "فتاوى أهل سمرقند" : إذا سقى أرض نفسه، وتعدى إلى أرض جاره، فلا ضمان على الساقي، وكذلك إذا أحرق كلأ في أرضه، وذهبت النار يمينًا وشمالا، فأحرق شيئًا لغيره، فلا ضمان على الموقد، هذا هو جواب الكتاب.

من المشايخ من فرق بين إرسال الماء وإيقاد النار، فقال: من طبع النار الخمود والتعدى بفعل الريح ونحوه، فلا يضاف إلى فعل الموقد، ومن طبع الماء السيلان، فأضيف السيلان والإتلاف إلى المرسل، وفى المسألة كلمات تأتى فى كتاب الشرب -إن شاء الله تعالى-.

١٠١٨٦- العبد المغصوب إذا مات فى يد الغاصب، وأقر الغاصب أنه كان غصبه من فلان، يؤمر بتسليم القيمة إلى المقر له، فإن جاء رجل آخر، وأقام البينة أنه عبده، غصبه منه، فالقاضى يقضى بالقيمة لصاحب البينة، فإذا قضى القاضى بالقيمة لصاحب البينة وأخذها لا شىء للمقر له على الغاصب، فإن وصلت تلك القيمة بعينها إلى الغاصب من جهة المقضى له بالهبة، أو بالإرث، أو بالمبايعة، أو بالوصية يؤمر بردها إلى المقر له، ولو وصل إلى الغاصب ألف آخر من المقضى له، سوى المأخوذ منه، فإن وصل بالهبة أو المبايعة لا يؤمر بالرد على المقر له، وإن وصل بالإرث، أو بالوصية يؤمر.

١٠١٨٧- فى "الزيادات" فى باب الحوالة قبيل باب السلسلة: المغصوب إذا اكتسب كسبًا، ثم استرده المالك مع الكسب لا يتصدق بالكسب، والغاصب إذا ضمن القيمة عند الهلاك، أو بالإعتاق حتى صار الكسب له تصدق بالكسب.

١٠١٨٨- فى "الزيادات" فى آخر باب الكسب: إذا أقر أنه غصب من فلان شيئًا، ولم يبين، فالقول قوله، ولابد من أن يفسر بشىء يتمانعه الناس، ويقصد بالغصب، حتى لو لم يكن كذلك بأن بين بالتراب ونحوه، لا يصدق؛ لأنه لايسمى غصبًا، ولو بين بشىء يقصده الناس، ولا قيمة له، نحو أن يقر أنه غصب حرًا، أو جلد ميتة، قبل قوله، وهو اختيار مشايخ عراق، واختيار مشايخ ما وراء النهر أنه لا بد من أن يفسر بشىء له قيمة.

فى غصب القدورى فى أوله ذكر فى "أدب القاضى" للخصاف فى باب القدورى ورد عن عمر رضى الله تعالى عنه إحراق البيت الذى فيه الخمر، ولم يرو ذلك عن أصحابنا، إنما روى عنهم هدم البيت على صاحب الخمر، فإنهم قالوا: يهدم عليه بيته؛ كأنهم أخذوا ذلك من هذا الحديث. وأما كسر الدنان ذكر فى "السير الكبير" : أنه إن فعل ذلك بإذن الإمام، أو فعل الإمام بنفسه، فلا ضمان، وإن فعل غير الإمام بغير إذن الإمام، فعليه الضمان.

١٠١٨٩- وفى سير "العيون" : مسلم شق زق خمر لمسلم، لا يضمن الخمر، ويضمن

الزق، إلا أن يكون إمامًا يرى ذلك، فحينئذٍ لا يضمن؛ لأنه مختلف فيه.

١٠١٩٠- والذمى إذا أظهر بيع الخمر فى المصر، يمنع عنه، فإن أتلف ذلك إنسان، يضمن، إلا أن يكون إمامًا يرى ذلك؛ لأنه مختلف فيه.

١٠١٩١- وفى "المنتقى": قال هشام: قلت لمحمد: رجل فى يده ثوب، فتشبث رجل بالثوب، فجذب صاحب الثوب الثوب من يد المتشبث، فانخرق الثوب، قال: يضمن المتمسك نصف ذلك، قلت: من أين افترق هذا واليد؟ قال: لأن عض يده أذى، والتشبث بالثوب ليس بأذًى، فإن كان الذى جذب الثوب هو المتشبث، فهو ضامن جميعه؛ لأنه لم يكن له الجذب.

١٠١٩٢- قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: رجل جلس إلى جنب رجل، فجلس على ثوبه، وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب، فانشق ثوبه من جلوسه عليه، قال: يضمن نصف الثوب؛ لأنه لم يكن له أن يجلس على ثوبه، وكان متعديًا فى الجلوس، وقد حصل الشق بفعله، فسقط ما كان بفعل المالك، ويجب ما كان بفعل الجالس.

١٠١٩٣- وروى إبراهيم بن رستم عن محمد: فى رجل قعد على رداء رجل، وهو لايعلم، فنهض، فتمزق رداءه، قال: يضمن الذى قعد على الثوب. أوجب الضمان مطلقًا غير مقدر بالنصف، وإنه يخالف ما رواه هشام عنه، وعلى هذا الكعب إذا تخرق من وضع رجل غير صاحبه عليه، وصاحبه لم يعلم به، فعلى قياس رواية هشام: يضمن الواضع نصف النقصان على نحو ما بينا فى مسألة الثوب.

١٠١٩٤- وفى "نوادر ابن رستم": أن الحائك إذا عمل لرجل، فجاء الطالب ليأخذ الثوب، وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر، فمد صاحب الثوب الثوب، فتخرق، إن تخرق من مدّ صاحبه، لا يضمن الحائك شيئًا، وإن تخرق من مدّهما، ضمن الحائك نصف قيمة الخرق، يعنى نصف قيمة النقصان المتمكن بالخرق.

١٠١٩٥- دفع عينًا إلى دلال ليبيعه، فعرض الدلال على صاحب الدكان، وترك عنده، فهرب صاحب الدكان، وذهب بالمتاع، يضمن الدلال؛ لأن الدلال أمين، وليس للأمين أن يودع. وذكر النسفى فى فتاواه عن شيخ الإسلام أبى الحسن أنه لايضمن، وهو الصحيح؛ لأن هذا أمر لا بد منه؛ لأن المستام يعرض المتاع على أهله، أو من أحب لينظر فى ذلك، ثم يشترى، فكان هذا أمر لا بد منه، فلا يضمن الدلال لهذا.

١٠١٩٦- وإذا كان فى يد الدلال ثوب يبيعه، ، فظهر أنه مسروق، وقد كان رده إلى من

دفع إليـه، فطلب منه المسـروق منه الثوب، فـقـال الدلال: رددته إلى من كـان دفع إلى، برئ؛ لأن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ.

١٠١٩٧- فى "مجموع النوازل": جارية دفعت جارية أخرى، فذهبت عذرتها، قال محمد ابن الحسن: عليه صداق مثلها، قال: بلغنا ذلك عن عمر رضى الله تعالى عنه.

١٠١٩٨- وفيـه أيضًا عـن أبى يوسف: فى رجل قتل ذئبًا، أو أسدًا لغيره، قـال: لا ضمـان عليه، وإن قتل قردًا، ضمن قيمته، قال: لأن القرد بمنزلة الكلب. قال الفـقيه أبو الليث: القرد يخدم فى البيت، ويكنس البيت، فيكون له قيمة، بخلاف الذئب والأسد.

قال: سئل نجم الدين عن أهل مكتب من الصبيان مع المعلم أصابهم برد، وعلى الجدار كوة مفتوحة، فقال المعلم لواحد من الصبيان: خذ فوطة هذا الصبى، وسد بها الكوة ليندفع البـرد عنا، فـفعل، وضـاعت الفـوطة، فلا ضمـان على المعلم، ولا على الصبى الذى أخذ الفـوطة، وسـد بهـا الكوة؛ لأن جعلهـا فى الكوة وهم حـاضـرون، لا يكون تضـيـيعًـا، فـلا يضمنانه.

١٠١٩٩- وفى "الحاوى": سئل أبو القاسم عمن تعلق ثوبه بفعل يفعله رجل وتخرق: قال: إن مده صاحب الثوب حتى تخرق، لم يضمن صاحب الفعل، وإن تخرق من غير المد، إن فعل ذلك فى موضع مأذون له، لا يضمن، وإلا يضمن.

١٠٢٠٠- فى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد: فى رجل غصب عبدًا، وضمن رجل للمغصوب منه العبد، يدفعه إليه غدًا، فـإن لم يفعل فعليه ألف درهم، وقيـمة المغصوب خمسون درهمًا [فلم يدفع إليه العبد غدًا، قال: إذا ثبت العبد للمغصوب منه، لزم الضمان من قيمته خمسون درهمًا][1]، وبطل الفضل. فإن اختلفا فى قيمته، فالقول قول المغصوب مع يمينه فيما بينه وبين ألف درهم، والقول قول الكفيل فيما زاد فى قـول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وأما فى قوله فالقول قول الغاصب فى القيمة، وضمـان الألف باطل؛ لأنه لم ينسبها إلى قيمة العبد، فإن ضمن القيمة وسماها، فينظر فى ذلك، فإذا هى أكثر من قيمة العبد بما يتغابن الناس فيه، فتلك قيمة العبد، فيلزمه ذلك، وإن كانت أكثر من قيمة العبد بما لايتغابن الناس فيه، بطل الفضل على ما يتغابن الناس فيه.

١٠٢٠١- دابة لرجل دخلت زرع إنسـان، فـأخـرجـهـا صـاحب الزرع، فـجـاء ذئب، وأكلها، إن أخرجها، ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان، عليه أكثر المشايخ، وعليه الفتوى.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وإن ساقها، أكثر مشايخنا على أنه يضمن، سواء ساقها إلى مكان يأمن عليه من زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

١٠٢٠٢- وكذلك الراعي إذا وجد في باروكه بقرة لغيره، فطردها قدر ما تخرج من بين باروكه، لا يضمن، وإن ساقها بعد ذلك يضمن، فأما إذا وجد بقرة في زرعه، فأخرج صاحبها، فأفسد الدابة الزرع، إن أمره صاحب الزرع بالإخراج، لا يضمن صاحب الدابة شيئًا، وإن لم يأمره[1] يضمن، هذه الجملة في الباب الأول من غصب "الواقعات".

١٠٢٠٣- رجل أرسل دابة وكان سائقًا لها، فأصابت شيئًا ضمن السائق، ولو أرسلها إلى جهة، ولم يكن سائقًا لها، فأصاب في وجهها ذلك، ضمن صاحبها، بخلاف ما لو أرسل كلبا أو بازيًا على صيد، فأتلف شيئًا في فوره ذلك، حيث يضمن على صاحبه إذا لم يكن سائقًا للكلب، وإرسال الكلب إلى الصيد يخالف إرساله إلى إنسان، فإن من أرسل كلبه إلى إنسان فأصابه، ضمن المرسل، وإن لم يكن سائقًا للكلب.

قال: ولو أن الدابة لم تذهب في وجهها، بل انعطف يمينًا وشمالا، فأصابت شيئًا، فلا ضمان على صاحبها إذا كان لها طريق في وجهها ذلك، وإن لم يكن لها طريق في وجهها ذلك، وإنما الطريق له يمينًا وشمالا لا غير، فانقطعت شيئًا، ضمن صاحبها، وإن وقفت ثم سارت، فما أصابت بعد ذلك، فلا ضمان على صاحبها؛ لأن حكم إرساله قد انقطع لما وقف ساعة، بخلاف الكلب إذا أرسل على صيد، فوقف ساعة، فإن الإرسال لا ينقطع حتى لو أخذ الصيد بعد ذلك حل.

١٠٢٠٤- وكذلك إذا أرسل حماره، فدخل زرع إنسان، فأفسده، إن ساقه إلى الزرع ضمن، وإن لم يسق بأن لم يكن خلفه إن لم ينقطع يمينًا وشمالا، بل ذهب إلى الوجه الذي أرسله صاحبه، فأصاب الزرع، ضمن صاحبه، وإن انعطف يمينًا وشمالا، فهو على التفصيل الذي قلنا. هذه الجملة في شرح ديات شيخ الإسلام في باب جناية الراكب.

١٠٢٠٥- وإن وجد الرجل دابة في مربطه، فأخرجها، ولم يسقها بعد الإخراج، فأكلها الذئب، ضمن قيمتها.

فرق بين هذا وبينما إذا وجدها في كرمه، أو زرعه، فأخرجها، ولم يسقها بعد الإخراج، فأكلها الذئب، حيث لا يضمن قيمتها.

والفرق أن الدابة لا تفسد المربط، فكان في إخراجها عن المربط مضيعًا للدابة، لا دافعًا

---

(١) ورد في نسخة "ظ": وإن لم يكن يأمره.

شرها عن نفسه، أما الدابة فتفسد الزرع والكرم، فكان الإخراج فى هذين الفصلين لدفع ضرر الدابة لا تضييعًا لها.

وإن وجد دابة فى زرعه أو كرمه، فحبسها فى منزله، فهلكت ضمن قيمتها لصاحبها؛ لأنه ليس له ولاية الحبس، فيصير بالحبس غاصبًا مضمونًا.

ذكر فى "السير الكبير" على سبيل الاستشهاد: أن من أخذ جلودًا مذكاة لرجل، فدبغها، وجعلها فروا ينقطع حق المالك عن الجلود، وكان الفرو للعامل، وغرم قيمة الجلود لمالكها.

١٠٢٠٦- ولو أخذ جلود ميتة، وجعلها فروا، ثم دبغها، لا ينقطع حق المالك عن العين، ويقوم الفرو جلدًا غير معمول، ويقوم معمولا، فإن شاء العامل أعطاه قيمة جلده مذكى غير معمول، وإن شاء باع الفرو، فقسم ثمنه على قيمة الجلد مذكى غير معمول، وعلى قيمته فروا معمولا، فما أصاب الجلد كان لصاحبه، وما أصاب العمل، كان لصاحب العمل.

١٠٢٠٧- والفرق بين الجلود المذكاة، والميتة، أن الصنعة فى المذكاة إنما حلت فى جلديضمن بالغصب والاستهلاك، فأوجبت انقطاع حق صاحب العين عن العين، وهذا هو الأصل أن الصنعة إنما تجعل المصنوع ملكًا للصانع إذا كان المصنوع قبل الصنعة مما يضمن بالغصب والاستهلاك، أما إذا كان مما لا يضمن بالغصب والاستهلاك قبل الصنعة، فبالصنعة لايصير ملكًا للصانع.

١٠٢٠٨- وأصل هذا ما ذكر محمد رحمه الله فى "السير الكبير": لو أن رجلا من أهل الجند وجد فى دار الحرب من خشب الخليج، فعمل منه قصاصًا وأجربة، ثم أخرجها إلى دار الإسلام، فإن للإمام أن يأخذ ذلك منه، ويعطيه قيمة ما زاد الصنعة، وإن شاء باعه، وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول، وعلى قيمته معمولا، فما أصاب غير المعمول من ذلك، فإنه يرد فى الغنيمة، وما أصاب المعمول من ذلك يكون للعامل.

١٠٢٠٩- ولو أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام، فأخذ رجل من هذا خشب الخليج[1]، وجعله قصاصًا، وغير ذلك مما وصفنا لك، فإنه يضمن قيمة الخشب، وكان المصنوع للذى عمل لا سبيل للإمام عليه؛ لأن فى الفصل الأول الصنعة إنما وجدت فى خشب لا يضمن بالغصب والاستهلاك؛ لأن الغنائم لا تضمن بالغصب والاستهلاك فى دار الحرب، فلم

(١) هكذا ورد فى نسخة "ظ"، وورد فى نسخة الأصل: من خشب هذا الخليج، وفى نسختى "ف" و"م": من هذا الخشب الخليج.

يوجب انقطاع حق الغزاة عن العين. وفي الوجه الثاني: الصنعة إنما وجدت في خشب يضمن بالغصب والاستهلاك.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة الفرق، فنقول: إنما ثبت الخيار للعامل في جلد الميتة لا لصاحب الجلد، وإن كان صاحب العمل صاحب تبع، وصاحب الجلد صاحب أصل، والخيار يثبت في مثل هذا لصاحب الأصل كما في الثوب المصبوغ، لا لصاحب التبع، وذلك لأن صاحب العمل وإن كان صاحب تبع ههنا من حيث الحقيقة، فإن الصنعة صارت صنعة للجلد، والأوصاف أتباع، فمن حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل؛ لأن جلد الميتة لم يكن مالا قبل الصنعة، والدباغة والمالية هي المقصودة من الأعيان، لا نفس الأعيان، وإنما صار مالا بعلمه، فصار من حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل، وصاحب الجلد من حيث المعنى صاحب تبع، والعبرة للمعنى، وإنما اعتبرت قيمة الجلد مذكى؛ لأنه متى اعتبره ميتًا وجلد الميتة لا قيمة له، لا يستحق صاحب الجلد شيئًا، فلهذا اعتبرت قيمته مذكى.

١٠٢١٠- قال محمد رحمه الله تعالى في "كتاب العلل": إذا غصب الرجل ثوبًا، وأمر غيره[١] بلبسه، فلبسه، ثم جاء صاحب الثوب، ومد الثوب، والغاصب لم يعلم بذلك، ولم يطلب صاحب الثوب الثوب منه، فتخرق الثوب من ذلك، فلا شيء على الغاصب.

وكان ينبغي أن يقال: بأنه يضمن الغاصب للمغصوب منه نصف قيمته؛ لأن الخرق حصل بمد صاحب الثوب، وإمساك الغاصب جميعًا، فإنه لو لا إمساك الغاصب بعد مد المغصوب منه، كان لا يتخرق الثوب من مده. وإذا حصل الخرق من فعلهما، يجب أن يكون على الغاصب نصف الضمان[٢] جميعًا كما لو خرقا. وكما لو طلب صاحب الثوب الثوب من الغاصب فمنعه، فمده المغصوب منه الثوب مد مثله، فتخرق الثوب، ذكر أن الغاصب يضمن نصف قيمته بالخرق؛ لأن الخرق حصل بفعلهما.

والجواب: أن الإمساك من [الغاصب إن وجد حقيقة، فلبس الثوب لم يوجد معنى؛ لأن الغاصب بلبس الثوب قصد ستر نفسه لا إمساكه عن المالك][٣]، فلم يوجد الإمساك من الغاصب معنى، فبقي التلف كله مضافًا إلى يد المالك[٤]، بخلاف ما إذا طلب منه المالك،

---

(١) ورد في نسخة "ظ": إذا غصب الرجل ثوبا، وأمر من غيره، ولبسه بلبسه فلبسه.

(٢) ورد في نسخة "ف": نصف ذلك الضمان.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ورد في "ف": مضافا إلى يد صاحبه، بخلاف ما إذا تلف منه الصاحب، وأمسكه.

وأمسكه ؛ لأن هناك وجد الإمساك من الغاصب حقيقةً ومعنًى .

١٠٢١١- ولو طلب المغصوب منه الثوب من الغاصب، فمنعه الغاصب، ثم إن المغصوب منه مده مدا شديدًا لا يمد مثله، فتخرق الثوب، لا ضمان على الغاصب، علّل، فقال: لأنه بمنزلة سكين جاء به، وخرقه. فقد أضاف الخرق كله إلى فعل المالك، وهذا مشكل؛ لأنه لو لا إمساك الغاصب لكان الثوب لا يتخرق بيد المالك، فكان الخرق مضافًا إلى فعله، إلا أنه لو مد مد مثله كان الخرق مضافًا [إلى فعلهما، ألا ترى أنه لو مد مد مثله كان الخرق مضافًا][1] إليهما، حتى كان نصف الخرق على الغاصب، فههنا كذلك يجب أن يكون.

والجواب: أن الإمساك قد يتحقق من الغاصب، ولا يكون سبب خرق، بأن يكون قبل المد، وقد يكون سبب خرق، بأن كان في حال المد، فكان الإمساك في نفسه سبب الخرق من وجه دون وجه، فاعتبر سبب الخرق إذا كان مدّا يمد مثله، وأضيف الخرق إلى المد والإمساك جميعًا، ولم يعتبر بسبب الخرق إذا كان مدّا لا يمد مثله، وأضيف الخرق إلى المد وحده، بخلاف المد، حيث يضاف الخرق إليه؛ لأن المد سبب الخرق على كل حال.

وقيل: الإمساك إنما لا يحصل الخرق؛ لأن المد لا يوجد بدون الإمساك؛ لأن بدون الإمساك يكون أخذًا، ولا يكون مدّا، وإذا كان المد متى تحقق تحقق بسبب الخرق على كل حال، والإمساك سبب خرق في حال دون حال، أضيف الخرق إلى المد على كل حال، وأضيف إلى الإمساك في حال دون حال.

ونظير هذا: الممسك للثوب إذا كان صاحب الثوب، جاء آخر، ومد الثوب مد مثله، أو مدّا لا يمد مثله، فخرق الثوب به، كان الضمان كله على الماد، وأضيف إلى المد دون الإمساك، وطريقه ما قلنا.

١٠٢١٢- ذكر شيخ الإسلام في "شرح السير" في باب فضول الغنائم، قال مشايخنا: الغاصب إذا قدم على ما صنع، ولم يظفر بالمغصوب منه، يمسك المغصوب إلى أن يرجو مجيء صاحبه، فإذا انقطع رجاءه بمجيء صاحبه، تصدق به إن شاء بشرط أن يضمن إن لم يجز صاحبه صدقته. قال: والأحسن أن يرفع ذلك إلى الإمام؛ لأن للإمام تدبيرًا ورأيًا في أموال الغيب، فالأحسن أن لا يقطع عليه رأيه.

١٠٢١٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": رجل غصب عبدًا، وآجر العبد نفسه، وسلم عن العمل، صحت الإجارة على ما عرف، فإن أخذ العبد الأجر، وأخذ

---

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا.

الغاصب الأجر منه، وأتلف، لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: يجب عليه الضمان، وإن كان الأجر قائمًا، كان للمالك أخذه بالإجماع.

هما يقولان: إنه أتلف مال الغير من غير تأويل، فيجب الضمان، ولا شك أن الأجر مال الغير، وهو مولى العبد؛ لأنه كسب عبده، وكسب العبد تبع للرقبة، فيكون لمالك الرقبة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكسب مال ا لمالك لكنه لا عصمة له في حق الغاصب بعد الغصب، فأشبه بضمان السرقة بعد القطع.

وبيان عدم العصمة: أن العصمة تثبت بيد حافظة، إما بيده أو بيد نائبه، ويد المالك لم تثبت على هذا المال، ويد الغاصب ليست يد المالك.

فإن قيل: يد المالك يد المولى، والكسب في يد العبد، فيصير كأنه في يد المولى؟

قلنا: العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونًا عليه، وإذا كان العبد في يد الغاصب لم يكن العبد محرزًا وحافظًا نفسه عن الغاصب، فلا يكون محرزًا وحافظًا فيما في يده أيضًا، وكذلك قلنا: إن كسب المبيع قبل القبض غير مضمون على البائع بالاتفاق، فكذلك ههنا.

أو نقول: هذا مال للغاصب فيه تأويل الملك، فلا يكون مضمونًا عليه بالإتلاف، كمال الابن في حق الأب. بيانه أن العبد إذا هلك في يد الغاصب، وضمن قيمته للمالك، فالأجر يسلم للغاصب، أو نقول: الأجر بدل منفعة العبد، ولو استهلك الغاصب منفعة العبد بأن استعمله في عمل من الأعمال، لا يضمن، فكذا إذا استهلك بدلها.

١٠٢١٤- قال في "الجامع الكبير": رجل غصب من آخر جارية قيمتها ألف درهم، فغصبها من الغاصب رجل آخر، وقيمتها يوم الغصب الثاني أيضًا ألف درهم، فغصبها من الغاصب رجل آخر، وقيمتها يوم الغصب الثالث أيضًا ألف درهم، فأبقت من الغاصب الثاني، فللأول أن يضمن الثاني، وإن لم يضمن المالك الأول؛ لأن القيمة قائمة مقام العين.

١٠٢١٥- ولو كانت الجارية حاضرة، كان للغاصب الأول أن يسترد الجارية، ليتمكن من إقامة الفضل الواجب عليه، فكذا ما يقوم مقام العين، وهو القيمة، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت»[1]. والغاصب الثاني إنما أخذها من الغاصب الأول [فوجب عليه الرد إلى الغاصب الأول، وإذا عجز عن رد العين، وجب رد القيمة التي هي قائمة مقام العين. فإذا أخذ الغاصب الأول][2] القيمة برئ الثاني من الضمان؛ لأن الثاني لو رد

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الجارية على الأول، برئ من الضمان، فكذا إذا رد القيمة، لكون القيمة قائمة مقام العين. وتكون القيمة المأخوذة من الثانى مضمونة على الغاصب الأول، حتى لو هلكت فى يد الغاصب الأول، كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمتها بالغصب؛ لأن الغاصب الأول لو أخذ الجارية لم تكن أمانة فى يده، فكذا إذا أخذ القيمة.

فإذا حضر المالك كان له الخيار، إن شاء أخذ من الغاصب الأول القيمة التى أخذها من الغاصب الثانى، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الثانى من جهة المالك، وإن شاء ضمن الأول قيمتها ابتداء بالغصب، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الأول من جهة المالك، ثم تصير للغاصب الثانى من جهة الغاصب الأول.

فإن كانت قيمة الجارية يوم الغصب الأول ألف درهم، ويوم الغصب الثانى ألفى درهم، ثم أبقت من يد الثانى، وأخذ الأول من الثانى ألفى درهم، وهلكت فى يد الأول، لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفى درهم؛ لأن أحد الألفين قيمة الزيادة المتصلة بالجارية فى يده، وأنها أمانة عندنا فى يد الغاصب [فكذلك ما قام مقامها.

ألا ترى أن الجارية لو كانت حاضرة، فاستردها، كان الفضل على الألف[1] أمانة، فكذلك][2] إذا أخذ الأول القيمة، فلهذا لا يضمن الفضل، وإنما يضمن قيمتها يوم الغصب ألف درهم.

١٠٢١٦- ولو أن المولى حضر، والقيمة فى يد الغاصب الأول قائمة على حالها، وقد ظهرت الجارية، فالمالك بالخيار إن شاء أخذ جاريته حيثما وجدت، وإن شاء أخذ القيمة التى أخذها الغاصب الأول من الثانى، وإن شاء ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم الغصب.

وهذا مشكل من وجهين: أحدهما: أنه جعل الغاصب الأول سبيل من تضمين الثانى، ولم يجعله بسبيل من تمليك الجارية حتى قال: إن للمولى ولاية أخذ الجارية حين ظهرت، وإن كان الملك ثبت فى المضمون ضرورة الاستيفاء.

والثانى: وهو أنه جعل للمولى حق تضمين الغاصب الأول بعد ظهور الجارية، والقدرة على الأصل يمنع المصير إلى الخلف.

والجواب عن الإشكال الأول أن نقول: بأن الغاصب الأول ليس بنائب عن المالك فى التضمين حتى يصير نائبًا عنه فى تمليك الجارية للثانى [وكيف يكون نائبًا عنه فى تمليك الجارية

---

(١) ورد فى نسخة "م": الأول مكان: الألف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

للثانى][1] ، وأنه فوت عليه اليد؟ لكن إنما كان للأول تضمين الثانى ليتمكن من إقامة ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد، أما التمليك فليس من ضروراته، كما فى المدبر، إلا أن عند عدم الوقوف على مكان الجارية، الحالة حالة الاستيفاء لا غير، وهو بسبيل من ذلك، أما بعد ما ظهرت الجارية، فالحالة حالة الاستيفاء، وحال تمليك الجارية، وهو بسبيل من الاستيفاء، فأما ليس بسبيل من تمليك الجارية، فكان بمنزلة الفضولى، فتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز أخذ القيمة، وإن رد كان حقه فى استرداد الجارية.

وأما الجواب عن الإشكال الثانى، فمعنى قوله: ظهرت الجارية، عرف مكانها، لا أنها وصلت إلى مكانها.

قلنا: والمعرفة بمكان الجارية لا يمنع المصير إلى القيمة، فإن اختار المولى أخذ الجارية رجع الغاصب الثانى على الغاصب الأول [بالقيمة التى أخذها؛ لأن المعوض استحق من يده، فإن كانت القيمة هلكت فى يد الأول، ضمن الغاصب الأول][2] ذلك للغاصب الثانى؛ لأن للأول أخذ القيمة بدلا عن المغصوب، فيكون مضمونًا عليه، كالثمن على البائع، ولا يرجع الغاصب الأول على المغصوب منه؛ لأن الغاصب الأول ليس بوكيل عن المالك أصلا، والرجوع بالعهدة حكم الوكالة.

١٠٢١٧- وإن كان أخذ المولى من الغاصب الأول القيمة التى أخذها من الغاصب الثانى، سلمت الجارية للغاصب الثانى، لنفاذ التمليك على المالك.

وإن ضمن المولى الغاصب الأول قيمة الجارية يوم الغصب الأول، سلمت القيمة التى أخذها الغاصب الأول؛ لأنه تبين أنه ملكها من وقت الغصب الأول، وأن الثانى غصب من ملك الغاصب الأول، وكان الضمان للأول، إلا أن للأول أن يتصدق بأحد الألفين، وهو الفضل على القيمة التى أداها إلى المالك، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

وأما على قول أبى يوسف: فلا يتصدق بشىء، بل يطيب له؛ لأن شرط الطيب عندهما الملك، والضمان ههنا[3] إن كان واجبًا وقت المبادلة، فالملك لم يكن، وعند أبى يوسف شرط الطيب الضمان لا غير، وقد وجد ذلك ههنا.

١٠٢١٨- وأصل المسألة: المودع إذا باع الوديعة، وربح، ثم ضمن، هل يطيب له

---

(١) هذه العبارة وردت فى جميع النسخ التى عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ورد فى نسخة "م": لأن شرط الطيب عندهما الملك والضمان، والضمان ههنا.

الربح؟ فهو على هذا الاختلاف.

قال: وليس للغاصب الثانى أن يطأ الجارية حتى يختار المولى أخذ القيمة التى أخذها الغاصب الأول، أو يختار ضمان الغصب الأول؛ لأن الملك قبل ذلك موقوف، والحل لا يثبت بالملك الموقوف.

١٠٢١٩- فإن كانت الجارية حاضت حيضة بعد ما أخذ الأول القيمة من الثانى قبل أن يختار المولى شيئًا من ذلك، ثم اختار شيئًا من ذلك، لا يجزأ بتلك الحيضة؛ لأن الملك موقوف، والحيضة إذا وجدت بعد ثبوت الملك قبل وجود اليد لا يجزأ بها عن الاستبراء، فإذا حصلت قبل ثبوت الملك لأن لا يجزأ بها كانت أولى.

ولو كان الغاصب الأول أقر بقبض القيمة من الغاصب الثانى، فهذا وما لو ثبت أخذ القيمة بإقامة البينة سواء، غير أن بينهما فرقًا من وجه آخر، إن فى هذه الصورة كان للمولى أن يضمن الثانى، وفيما إذا ثبت ذلك بالبينة، ليس للمولى أن يضمن الثانى.

والفرق: أن حق تضمين الثانى قد ثبت للمالك لكونه غاصب الغاصب، إلا أن تضمين الأول للثانى مبطل لهذا الحق عن المالك، وذلك ههنا إنما ثبت بالإقرار الأول، والإقرار حجة قاصرة، فلم يظهر أخذ الأول القيمة من الثانى فى بطلان حق المالك فى تضمين الثانى، بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك أخذ القيمة ثبت بما هو حجة عامة، أما ههنا بخلافه، وكان المعنى فيه وهو أن الغاصب الأول إنما يملك الاستيفاء من إقامة ما عليه من فعل الرد، وهذه الضرورة تندفع بحقيقة الاستيفاء، ولا ضرورة إلى اعتبار الإقرار بالاستيفاء.

وكذلك الجواب فيما إذا قضى القاضى بالقيمة، ثم أقر الغاصب بقبض القيمة، وكذلك لو أقر الأول بقبض الجارية من الثانى، وأقر أنها ماتت عنده، لم يقبل قوله حتى كان للمالك أن يضمن الغاصب الثانى فى هذه الوجوه كلها، لما ذكرنا. ويرجع الغاصب الثانى على الغاصب الأول بالقيمة؛ لأن إقراره بالاستيفاء صحيح فى حقه إن لم يصح فى حق المالك.

١٠٢٢٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير" أيضًا: رجل غصب من آخر عبدًا، ثم استأجره المغصوب منه، صح؛ لأنه لو اشتراه من المغصوب منه صح، فالإجارة أولى. ويصير المستأجر قابضا له بحكم الإجارة بنفس العقد؛ لأن يد الغاصب يد ضمان بقيمة المضمون، وفى مثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء، فالأولى أن يقع عن قبض الإجارة.

ويبرأ الغاصب عن الضمان؛ لأن يد الغاصب تبدل بيد الإجارة، ويد الإجارة يد أمانة،

وضمان الغصب مما يحتمل البطلان، ألا ترى أن المغصوب منه لو أبرأ الغاصب عن الضمان يبرأ؟ فكذلك إذا تبدلت يد الغاصب بيد الأمانة.

١٠٢٢١- فإن مات العبد فى مدة الإجارة، ماتت أمانة؛ لما مر. ويجب على الغاصب الأجر بقدر ما مضى من مدة الإجارة [ويسقط الباقى؛ لأن فيما مضى وجد تسليم المنافع إلى المستأجر بحكم إجارة صحيحة، فإن مضت مدة الإجارة][1] والعبد حى، لم يعد مضمونًا؛ لأن يد الغاصب تبدلت بيد الأمانة، فلايعود إلا بغصب جديد.

وهذا الفقه وهو أن الغصب تفويت يد المالك على وجه التعدى، وبالإجارة فات معنى التعدى، وبمضى الإجارة لا يعود معنى التعدى، فلا يعود حكم الغصب.

١٠٢٢٢- ولو أن المغصوب منه أعار العبد من الغاصب صح؛ لأنه لو آجره إياه صح، فإذا أعاره إياه أولى أن يصح، ولا يصير قابضًا له بحكم العارية بنفس العارية، بخلاف الإجارة.

والفرق: وهو أن الإجارة أوجب استحقاق المنافع للمستأجر، فيوجب استحقاق اليد مسلمًا للمستحق، ويد الغاصب تصلح نائبة عن يد الإجارة، فقامت مقام يد الإجارة، إبقاء لما هو المستحق، فأما العارية فلا توجب استحقاق المنافع لما عرف، فلا يوجب استحقاق اليد، فلم يجب إلغاءها، فلا تقوم يد الغاصب مقام يد العارية، فلهذا لا يصير قابضًا بنفس العارية، فإذا انتفع به الآن تثبت يد العارية وهى يد أمانة، فبطلت بها يد الغاصب، فإذا فرغ من العارية لم يعد غاصبًا، بخلاف الرهن.

والفرق: وهو أن يد العارية إنما بطلت يد الرهن، وبطل الضمان أيضًا، لكون الضمان متعلقًا بحقيقة اليد، أما عقد الرهن، فهو باقٍ لبقاء حكمه، وهو ملك اليد، والحبس، فإذا بطلت يد العارية عادت يد الراهن، فعاد الضمان المتعلق، فأما ضمان الغصب فيتعلق بقاءه ببقاء اليد المتعدية به، وقد بطل ذلك بيد العارية، ولايعود بالفراغ من العمل، فلا يعود الضمان المتعلق.

١٠٢٢٣- ولو أمر المالك الغاصب أن يبيع العبد المغصوب صح، ويصير وكيلا [ولايخرج العبد عن ضمانه؛ لأنه كونه غاصبًا ضامنًا لا ينفى كونه وكيلا][2]؛ لأن المعنى فيه أن الأمر يقتضى الائتمار، والائتمار لا ينفى قيام يد الوكيل، فلا يبقى أيضًا قيام وصفها، وهو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وردت هذه العبارة فى النسخ التى فى أيدينا.

كونها يد أمانة .

فإن باعه، فهلك قبل التسليم، انتقض البيع، ولزمه قيمة العبد المغصوب؛ لأن الغصب لا يبطل بمجرد البيع .

فإن قيل : المبيع بالبيع صار مضمونًا بالثمن فى يد الوكيل، وهذا ينفى كونه مضمونًا بضمان القيمة؛ لأن ضمان القيمة مع ضمان الثمن لا يجتمعان فى عين واحد؟

قلنا : تفسير كونه مضمونًا بالثمن ليس إلا كونه بحال لو هلك قبل القبض [يسقط الثمن عن المشترى، وهذا لا ينفى ضمان القيمة عن الغاصب، فإن رده المشترى بالعيب، فإن كان قبل القبض][1]، فهو فى ضمان الغصب على حاله؛ لأن الغاصب لا يبطل بمجرد البيع، فلا يبطل الضمان المتعلق به، وإن كان الرد بعد القبض، لم يعد مضمونًا؛ لأن التسليم حصل بأمر المالك[2]؛ لأن الأمر بالبيع أمر بالتسليم، والتسليم إلى المشترى بأمر المالك، وضمان الغصب متى بطل لا يعود إلا بغصب جديد .

١٠٢٢٤- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" : رجل غصب من رجل جارية، وغصب آخر من رب الجارية عبدًا، وتبايعا العبد بالجارية، وتقابضا، ثم بلغ المالك، فأجازه، كان باطلا؛ لأن الإجازة إنما تلحق البيع الموقوف دون الباطل، والعقد وقع باطلا؛ لأن البيع تمليك بتمليك، وذلك لا يكون فى بيع مال الرجل بماله .

توضيحه : أن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء، ولو أذن المالك لهما فى الابتداء فذلك لا ينفذ، فكذلك إذا فعل بغير إذن المالك لا يتوقف .

١٠٢٢٥- ولو كان مالكهما رجلين، فبلغهما، فأجازا، كان جائزًا، فصارت الجارية لغاصب الغلام، ، والغلام لغاصب الجارية، وعلى غاصب الغلام قيمة الغلام لمولاه، وعلى غاصب الجارية قيمة الجارية لمولاها؛ لأن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء .

١٠٢٢٦- ولو أذن كل واحد من المالكين فى الابتداء، بأن قال صاحب الغلام للذى غصبه : اشتر جارية فلان بغلامى هذا . وقال صاحب الجارية لغاصبها : اشتر غلام فلان بجاريتى هذه، كان الجواب كذلك . وهذا لأن كل واحد منهما صار مشتريًا ما فى يد صاحبه بما فى يده، بايعا ما فى يده بما فى يد صاحبه، ولا توقف فى الشراء؛ لأن شراء الفضولى لا يتوقف على الإجازة، بل ينفذ على المشترى، إنما التوقف فى البيع، ولما كان هكذا، صار

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) هكذا ورد فى الأصل ونسخة "ف"، وفى نسختى "ظ" و "م" : بيد المالك مكان : بأمر المالك .

شراء كل واحد منهما واقعًا لنفسه، كأن كل واحد منهما قال لصاحبه[١] : اشتر لنفسك مملوك فلان بمملوكي، وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع، فانعقد تصرف كل واحد منهما على أن يفيد ملك المشتري للمشتري، ولكن عند إجازة المالك، وصار كل واحد منهما مستقرضًا ما غصب، حتى يكون البدل على من يثبت له الملك في البدل، واستقراض الحيوان وإن كان لا يجوز، إلا أنه إنما لا يجوز إذا حصل قصدًا، وههنا حصل في ضمن الشراء، وأنه تصرف مشروع، فصار هو مشروع لمشروعيته أيضًا.

ولما صار كل واحد من الغاصبين مستقرضًا ما غصبه، والمستقرض فيما ليس من ذوات الأمثال يضمن القيمة، وجب على كل واحد من الغاصبين قيمة ما غصب لهذا.

١٠٢٢٧- قال فيه أيضًا: رجل غصب من آخر مائة دينار، وغصب آخر من ذلك الرجل ألف درهم، ثم تبايع الغاصبان الدراهم بالدنانير، وتقابضا، ثم تفرقا، ثم حضر المالك، فأجاز جاز.

فرق بين هذا الوجه وبين الوجه الأول، والفرق: أن ههنا العقد ما وقع على الدراهم والدنانير بأعيانهما، لما عرف من أصله أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات، وإنما وقع العقد على مثلهما دينًا في الذمة، فلم يقع العقد على ما ليس لمالك واحد، فيصح البيع بلا توقف.

ألا ترى أنه لو لم يجز واحد منهما، ولم يتفرقا حتى نقد كل أحد من ماله يجوز، ولا يفسد العقد.

وهذا دليل على أن العقد وقع على مثلها دينًا في الذمة، إلا أن كل واحد منهما صار قاضيًا ما وجب في ذمته بما غصب، فإذا أجاز صار مقرضًا، فلزمه ضمانه، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك العقد وقع على العوضين بأعيانهما؛ [لأن العوض][٢] يتعين في عقد المعاوضة، فإذا كانا لشخص واحد، لم ينعقد العقد، لما مر، والفلوس في هذا نظير الدراهم والدنانير؛ لأنها لا تتعين بخلاف العرض.

١٠٢٢٨- وقال فيه أيضًا: رجل غصب من آخر جارية، وغصب رجل آخر من المغصوب منه مائة دينار، فباع غاصب الجارية غاصب الدنانير الجارية بتلك الدنانير، فبلغ المالك، فأجازه، يصح؛ لأن الجارية وإن تعينت في العقد، إلا أن الدنانير لم تتعين، فلم يبق

---

(١) هكذا في نسخة "ظ"، وكان في الأصل: قال لغاصبه.

(٢) ورد في نسختي "ف" و"م".

العقد على مالين لواحد، بل وقع على جارية مغصوبة بدنانير، فإذا أجازه، صحت الإجازة فى حق البيع؛ لأن بيع الجارية قد توقف على إجازته، فإذا لحقته الإجازة صح.

وأما نقد الدنانير فلا يخلو إما إن كان النقد قبل الإجازة، أو كان بعد الإجازة، فإن كان قبل الإجازة، عملت الإجازة فيه إذا علم المغصوب منه بأنه نقد ماله، ويصير هو مقرضًا الدنانير لمشترى الجارية.

١٠٢٢٩- فإن كان النقود قائمًا فى يد غاصب الجارية، فهو للمجيز، وهو المغصوب منه، وإن هلك فى يد غاصب الجارية، لا ضمان عليه؛ لأن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء، فظهر أنه حين قبض الثمن، كان وكيلا ببيع الجارية، أمينًا فى ثمنها، وهلاك المال فى يد الأمين لا يوجب ضمانًا.

وإن كان النقد بعد الإجازة، فإن جاء صاحب المال يأخذ ماله إن وجده، فيبطل النقد، ويلزم المشترى ثمن آخر؛ لأن الإجازة إذا حصلت قبل النقد، فليس ذلك بإذن فى النقد؛ لأن النقد لم يكن موجودا وقت الإجازة، ولا يدرى أنه ينقد الدنانير بغير إذن المغصوب، فكان له حق القبض إن وجدها قائمة.

وإن وجدها هالكة، فله الخيار، إن شاء ضمن بائع الجارية؛ لكونه غاصب الغاصب، وإن شاء ضمن مشترى الجارية؛ لكونه غاصبًا، فإن ضمن المشترى، ظهر أنه ملك الدنانير من وقت الغصب السابق، وأنه ملك نفسه، فصح التسليم إلى بايع الجارية، وصار بائع الجارية أمينًا فى قبض الدراهم.

وإن اختار تضمين البائع، رجع البائع على المشترى؛ لأن ما قبض البائع لم يسلم ثمنًا[1] لما استحق عليه عوضه، فاستوجب الرجوع به على المشترى، كما لو كانت الدنانير قائمة بأعيانها، فأخذت من يده، فإذا رجع بها سلم ذلك للبائع.

وطعن عيسى بن أبان فى هذا، فقال: ينبغى أن يردها على المغصوب منه؛ لأن القبض الأول كان موقوفًا، فلما ضمن المغصوب منه البائع، وقبض البدل بمنزلة المبدل، بطل القبض الأول، وصار الثمن هو الثانى الذى يقبضه البائع من المشترى، فينبغى أن يسلم للبائع، كما لو أخذ العين من يده، ثم رجع على المشترى.

والجواب عن هذا أن يقال: المغصوب منه لما ضمن البائع، ورجع البائع على المشترى، صار قرار الضمان عليه، فظهر أنه كان مالكا لما بعد؛ إذ الملك فى المضمون إنما يثبت لمن كان

---

(١) ورد فى نسخة "ف": عينا مكان: ثمنا.

قرار الضمان عليه، وظهر أن البائع صار وكيلا، وأن له حق الرجوع على الموكل بما ضمن؛ لأنه أمينه، وما رجع به البائع على المشترى مال الموكل، فقد ظفر بجنس حقه، فيستوفى بحقه على ما عرف.

قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل غصب عبداً، فباعه من رجل بخمسمائة إلى سنة، والعبد معروف للمغصوب منه، فقال المغصوب منه للغاصب: إنك قد اشتريت [منى هذا العبد بألف درهم حالة، فقبضته منى، ثم بعته هذا الرجل بخمس مائة درهم إلى سنة][1]. وقال الغاصب: ما اشتريته منك قط، ولكنك أمرتنى، فبعته بخمسمائة درهم إلى سنة بأمرك، والعبد قائم عند المشترى، فالعبد سالم للمشترى؛ لأنهم اتفقوا على صحة شراءه، ولا ضمان على الغاصب بسبب الغصب؛ لأن تعذر الرد على المالك كان لمعنى من جهته، وهو إقراره ببيعه الغاصب، ويستحلف الغاصب بالله ما اشتريته؛ لأن المغصوب منه يدعى عليه اليمين بسبب صحيح، وهو ينكر، فإن حلف لا شىء عليه، وإن نكل كان عليه الثمن الذى ادعاه المغصوب منه.

وإن كان العبد قد مات عند المشترى، وباقى المسألة بحالها، فههنا يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه. أما تحليف الغاصب فلما مر، وأما تحليف المالك بخلاف الفصل الأول، فالفرق وهو أن الغاصب لا يدعى على المغصوب منه فى الفصلين جميعاً إلا التوكيل، إلا أن الوكالة فى هذه المسألة حق، فيلزم المغصوب منه؛ لأن فى دعوى الوكالة فى هذا الفصل دعوى البراءة من ضمان القيمة؛ لأن تعذر الرد على المغصوب منه ههنا ما كان لمعنى من جهته، وهو إقراره بالبيع، وإنما كان لأجل الموت، فإن بسبب موت العبد يعجز الغاصب عن الرد على المغصوب منه، سواء سبق من المولى الإقرار بالبيع أولا، وكان ضمان القيمة واجبًا على الغاصب، فكان بدعوى الوكالة على المالك مدعيا براءة نفسه عن ضمان القيمة، والمالك ينكر، فيحلف. أما فى الفصل الأول فدعوى الوكالة لا يلزم المغصوب منه، أما ههنا فبخلافه على ما مر.

١٠٢٣٠- فإن كان الغاصب وهب هذا العبد من رجل، وسلم إليه، ثم ادعى أنه فعل ذلك بأمر المغصوب منه، وقال المغصوب منه: بعته منك بألف درهم، ثم وهبته، فهو على التفاصيل التى قلنا فى البيع.

١٠٢٣١- ولو كان الغاصب ضرب العبد، فقتله، ثم قال الغاصب: ضربت بأمر

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المالك، وقال صاحب العبد : لا، بل بعته منك، فضربت ملك نفسك، يحلف الغاصب أولا، فإن نكل لزمه الثمن، وإن حلف ضمن القيمة؛ لتعذر الرد لمعنى من جهة الغاصب، ثم يحلف المالك، فإن نكل بطلت القيمة، وإن حلف، فله قيمته على الغاصب، وهو نظير الهلاك بما تقدم.

١٠٢٣٢- وقال فيه أيضًا : رجل أقر أنه قطع يد عبد رجل خطأ، وكذبه عاقلته فى ذلك، يعنى به أن عاقلة المقر كذب المقر فى إقراره، ثم غصبه رجل من مولاه، فمات عنده، فالمولى بالخيار، إن شاء ضمن الجانى قيمته من ماله ثلاث سنين، وإن شاء ضمن الغاصب [قيمته أقطع][1] فى ماله حالا، وضمن الجانى أرش يده، وهو نصف قيمته فى ماله، فإن ضمن الجانى قيمته بإقراره، فإنه يرجع الجانى على الغاصب بقيمة العبد أقطع فى ماله.

علل فى "الكتاب" فقال : لأن العبد صار للقاطع بجنايته، وهذا دليل على أن ضمان الدم يوجب الملك فى المضمون، ووجه ذلك، وهو أن سبب الضمان هو القطع السابق، فيستند الضمان إليه، فيثبت الملك من ذلك الوقت وفى تلك الحالة، وهو قابل للمالك، كما فى ضمان الغصب، فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك، ولكن لما كان سببه الغصب السابق، استند إليه، ووقع الملك فى المضمون هكذا.

ومن المحققين من أصحابنا رحمهم الله تعالى قال : لا، بل ضمان القتل لايوجب الملك للضامن فى المقتول؛ لأن ضمان القتل يجب مقصوراً على وقت القتل، فالقطع السابق إنما يصير قتلا وقت السراية، فيجب الضمان مقصوراً على حالة القتل، وفى حالة القتل هو غير قابل للملك، لكن إن تعذر إثبات الملك فى ذاته، أمكن إثباته فى بدله، وهو الضمان الذى على الغاصب.

كما قلنا فى المدبر : إذا غصب إنسان من يد غاصبه، واختار المولى تضمين الأول، كان للأول أن يضمن الثانى، وإن لم يملك الأول المدبر بأداء الضمان، لكن قبل السبب، وإن لم يعمل فى حق المدبر، لمكان التعذر، عمل فى حق بدله، وهو الضمان الواجب على الغاصب، كذا ههنا. ثم أوجب الضمان على الجانى ههنا فى ماله؛ لأنه وجب بإقراره، والإقرار حجة قاصرة.

١٠٢٣٣- وإن كانت الجناية ثابتة بالبينة، فهذا وما لو ثبت الجناية بإقرار الجانى سواء[2]،

---

(١) هكذا ورد فى "ظ" و "ف" و "م"، وورد فى الأصل : ضمن الغاصب قيمة القطع.

(٢) ورد فى نسخة "ف" : فيه سواء مكان : سواء.

إلا فى فصل واحد ، وهو أن ما يجب على الجانى فى فصل الإقرار يجب على عاقلته فى فصل البينة ؛ لأن البينة حجة فى حق الناس كافة ، فتثبت الجناية فى حق العاقلة ، كما تثبت فى حق غيرها .

١٠٢٣٤- رجل غصب من آخر شيئًا ، وغيبه ، وطلب المغصوب منه من القاضى تضمينه ، ذكر فى بعض الكتب أن القاضى يتلوم فى ذلك يومين أو ثلاثة ، رجاء أن يظهر ، ولا يقضى بالقيمة فى الحال . وذكر فى "السير الكبير" فى باب ما يبطل به سهم الفارس : أن القاضى يقضى بالقيمة قبل التلوم .

قال شيخ الإسلام فى "شرح السير الكبير" : ما ذكر جواب الجواز ، يعنى لو قضى بالقيمة قبل التلوم يجوز ، وما ذكر فى بعض الكتب جواب الأولية ، يعنى الأولى أن يتلوم القاضى ، ثم يقضى بالقيمة -والله أعلم بالصواب- .

تم كتاب الغصب من المحيط بعون الله تعالى .

كتاب الوديعة

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

الفصل الأول: في بيان الإيداع، وشرطه، وما يكون إيداعًا بدون اللفظ.
الفصل الثاني: في حفظ الوديعة بيد الغير.
الفصل الثالث: في الوديعة ما يجب اعتباره، وما لا يجب اعتباره.
الفصل الرابع: فيما يكون تضييعًا للوديعة، وما لا يكون، وما يضمن المودع وما لا يضمن.
الفصل الخامس: في تحميل الوديعة.
الفصل السادس: في طلب الوديعة والأمر بالدفع إلى الغير.
الفصل السابع: في رد الوديعة.
الفصل الثامن: فيما إذا كان المستودع غير واحد.
الفصل التاسع: في الاختلاف الواقع في الوديعة، والشهادة فيها.
الفصل العاشر: في المتفرقات.

الفصل الأول
فى بيان ركن الإيداع، وشرطه وما يكون إيداعًا بدون اللفظ

١٠٢٣٥- قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ركن الإيداع فى حق صيرورة العين أمانة عند الغير، قول المالك: أودعتك هذا العين، حتى لو قال: هذا الغاصب صار العين أمانة عنده، حتى لو هلك من غير صنعه، لا ضمان عليه.

وفى وجوب الحفظ على المودع الركن هو الإيجاب والقبول، وهذا لأن صيرورة العين أمانة عند الغير حكم يلزم المالك، فيتم به وحده، وأما وجوب الحفظ، فحكمه يلزم المودع، فلا بد من قبوله.

١٠٢٣٦- وشرطه: كون العين قابلا لإثبات اليد عليه؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ، وحفظ الشيء لا يتأتى إلا بعد إثبات اليد عليه، ألا ترى أن إيداع الآبق، وإيداع الطير الذى يطير فى الهواء لا يصح، وإنما لا يصح لأنه لا يتهيأ للمودع إثبات اليد على هذه الأشياء.

١٠٢٣٧- فى "المنتقى": رجل فى يديه ثوب، قال له رجل آخر: أعطنى هذا الثوب، فأعطاه، كان هذا على الوديعة؛ لأن للإعطاء جهات، فعند الإطلاق يحمل على أقلها، وهو الوديعة. وذكر فى كتاب الهبة فى "المنتقى": أن قوله: أعطنى أعطيتك على الهبة.

١٠٢٣٨- رجل جاء بثوب إلى رجل، وقال: هذا الثوب وديعة عندك، ولم يقل الآخر شيئًا، بل سكت، ثم غاب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر، وترك الثوب هناك وضاع الثوب، فهو ضامن؛ لأنه قبل دلالة.

وكذلك إذا جاء بثوب، ووضع بين يديه، ولم يقل: شيئًا، وباقى المسألة بحالها، فهو ضامن؛ لأنه أودع[1] عرفًا، والآخر قبل عرفًا.

هذا إذا لم يقل الآخر شيئًا باللسان، وإن قال الآخر: أنا لا أقبل الوديعة، وباقى المسألة بحالها، فلا ضمان؛ لأن الدلالة إنما تعتبر إذا لم يوجد الصريح بخلافه.

١٠٢٣٩- فى "فتاوى أهل سمرقند": رجل دخل بدابته خانًا، وقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك، فربطها، وذهب ثم رجع، فلم يجد دابته، فقال صاحب الخان: إن صاحبك أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، فصاحب الخان ضامن؛ لأن قول

---

(١) ورد فى نسخة "ظ": أوع.

صاحب الدابة لصاحب الخان : أين أربطها؟ استحفاظ ، وقول صاحب الخان : هناك ، إجابة إلى الحفظ ، فصار جودها إلى الحفظ ، فصار مودعًا ، فيصير ضامنًا بالتضييع .

١٠٢٤٠- وكذلك إذا دخل رجل الحمام ، ثم قال لصاحب الحمام : أين أضع الثياب؟ فقال صاحب الحمام : ثمه ، فوضع ، فدخل ، ثم خرج رجل آخر ، وأخذ الثياب وذهب ، فصاحب الحمام ضامن ؛ لما قلنا .

١٠٢٤١- وإن وضع الثياب بمرأى عين صاحب الحمام ، ولم يقل شيئًا والباقى بحالها ، فهذا على وجهين: إما أن لا يكون للحمام ثيابى ، وهو الذى يقال له بالفارسية : جامه دار ، أو يكون له ثيابى ، وهو حاضر ، ففى الوجه الأول الضمان على صاحب الحمام ؛ لأن وضع الثياب بمرأى عين صاحب الحمام والحالة هذه استحفاظ لصاحب الحمام دلالة ، وفى الوجه الثانى الضمان على الثيابى دون صاحب الحمام ؛ لأن هذا استحفاظ للثيابى دلالة ، فيضمن الثيابى ما ضمن المودع ، إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام بأن قال لصاحب الحمام : أين أضع الثياب ، فحينئذٍ يجب الضمان على صاحب الحمام ، وإن كان له ثيابى ، وهو حاضر . هذه الجملة فى الباب الأول من وديعة "الواقعات" .

١٠٢٤٢- وفى غصب "فتاوى أبى الليث" رحمه الله تعالى : رجل دخل الحمام ، ووضع ثيابه بمرأى عين صاحب الحمام ، ثم خرج ، فوجد صاحب الحمام نائمًا ، وقد سرق ثيابه ، فإن نام قاعدًا ، فلا ضمان ، وإن وضع جنبه على الأرض ، فهو ضامن ؛ لأن هذا مودع ترك الحفظ فى الوجه الثانى ، وفى الوجه الأول لم يترك الحفظ .

١٠٢٤٣- وفيه أيضًا : رجل من أهل المجلس قام ، وترك كتابه ثمه ، فذهبوا جملة ، وتركوا الكتاب ثمه ، فضاع الكتاب ، فالكل ضامنون ، وإن قاموا واحدًا بعد واحد ، فالضمان على آخرهم ؛ لأن فى الوجه الأول هم حافظون ، وفى الوجه الثانى تعين الآخر حافظًا ، كمن باع قفيز حنطة من قفيزين ، ثم هلك منهما قفيز ، يتعين القفيز الباقى للعقد -والله أعلم- .

الفصل الثانى
فى حفظ الوديعة بيد الغير

١٠٢٤٤- إذا دفع الوديعة إلى بعض من فى عياله، نحو المرأة، والابن الكبير الذى هو فى عياله، والأب إذا كان فى عياله، والأجير، فهلكت لم يضمن استحسانًا؛ لأن الدفع إلى هؤلاء حصل بإذن صاحب الوديعة.

بيانه أنه لا بد للمودع من الخروج عن منزله لإقامة مصالحه، وعسى أن [لايمكن][١] إخراج الوديعة مع نفسه، فيتركها فى منزله، وإذا تركها فى منزله، فقد صارت فى يد من هو فى عياله، فكان صاحب الوديعة راضيًا بيد من فى عياله، فقد صارت فى يد من فى عياله من هذا الوجه، فهو معنى قولنا: الدفع إلى هؤلاء حصل بإذن صاحب الوديعة.

والمراد من الأجير المذكور فى الكتاب: الأجير الخاص الذى استأجره مشاهرة، أو مسانهة، ويسكن معه، أما الأجير لعمل من الأعمال، أو الذى يجرى عليه نفقته كل شهر، ولا يسكن معه، ويقال بالفارسية: اجراخوار، فهو وسائر الأجانب سواء، فيضمن بالدفع إليها. فأما الابن الكبير إذا لم يكن فى عياله، أو الأب، أو الأم إذا لم يكن فى عياله، فدفع إليه ضمن، والابن الصغير إذا لم يكن فى عياله، فدفع إليه لا يضمن؛ لأن تدبيره إلى الأب [ينفع][٢]، وإن لم يكن فى عياله، ولكن يشترط أن يكون الصغير قادرا على الحفظ، وفى حق الزوجة لايشترط المساكنة والنفقة، حتى إن المرأة إذا كانت تسكن فى محلة والزوج يسكن فى محلة أخرى، ولا ينفق عليها، فدفع الوديعة إليها، فلا ضمان، والزوجة فى حق هذا الحكم بمنزلة الابن الصغير للمعنى الذى ذكرنا.

١٠٢٤٥- ولو دفعت المرأة الوديعة إلى زوجها، فلا ضمان عليها، وإن لم يكن الزوج فى عيالها؛ لأنه يسكن معها، والعبرة فى هذا الباب للمساكنة، إلا فى حق الزوج والولد الصغير والعبد للمعنى الذى ذكرنا فى المسألة المتقدمة، لا للنفقة.

ألا ترى أنه إذا دفع الوديعة إلى ابنه الكبير الذى يسكن معه، وترك المنزل عليه، فإنه لايضمن، وإن لم يكن الابن فى نفقته.

---

(١) هكذا ورد فى نسخة "ف"، وورد فى الأصل ونسختى "ظ" و"م": وعسى أن يكون إخراج... إلخ.

(٢) هذه الكلمة وردت فى نسخة "ف".

ولو كان له امرأتان، ولكل واحدة منهما ابن من غيره، يسكن معها، فهما في عياله، لايضمن بدفع الوديعة إلى أبيهما.

١٠٢٤٦- وإذا دفع الوديعة إلى من ليس في عياله، إن كان الدفع لضرورة، بأن احترق بيت المودع، فأخرجها من بيته، ودفعها إلى جاره، فلا ضمان عليه في هذا، وما أشبه هذا استحسانًا.

١٠٢٤٧- وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في "شرح كتاب الصلح" : إذا وقع في بيت المودع حريق، فإن أمكنه أن يناولها بعض من في عياله، فناولها أجنبيًا ضمن، ولو كان لا يجد بدًا من الدفع إلى الأجنبي، لا يضمن.

١٠٢٤٨- وذكر شيخ الإسلام في "شرح كتاب الصلح" أيضًا: الحريق إذا كان غالبًا، وقد أحاط بمنزل المودع، إذا ناول الوديعة جارًا لا يضمن استحسانًا، وإن لم يكن أحاط بمنزله[1] ضمن.

هذا إذا كان الدفع لضرورة، وإن كان الدفع لغير ضرورة، فهلك في يد الثاني، إن هلك قبل أن يفارق الأول الثاني، فلا ضمان على واحد منهما بلا خلاف، وإن هلك بعد ما فارقه الأول، فالأول يضمن بلا خلاف، وأما الثاني: ففيه خلاف، على قولهما يضمن، وعلى قول أبي حنيفة لا يضمن؛ لأن بهذا الدفع صار المال أمانة في يد الثاني؛ لأن للأول أن يحفظ الوديعة بيد الثاني بحضرته، ولهذا لو هلكت في يد الثاني، والأمانة لا تضمن [بدون التعدي، ولم يوجد من الثاني التعدي، إنما وجد من الأول، حيث فارقه.

فإن ادعى المودع الضرورة][2]، بأن ادعى أنه وقع الحريق في بيته، ذكر "القدوري" أنه لا يصدق، إلا ببينة في قول أبي يوسف، وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وذكر في "المنتقى" : أنه إن علم أنه قد احترق بيته، قبل قوله، وإن لم يعلم لايقبل قوله إلا ببينة.

١٠٢٤٩- وفي "القدوري" يقول: إذا حفظ الوديعة في حرز ليس فيه ماله، يضمن. والمراد منه حرز غيره؛ لأن الحرز في يد ذلك الغير، فصار الوضع في الحرز كالتسليم إلى ذلك الغير، أما إذا استأجر حرزًا لنفسه، وحفظ فيه، لم يضمن، وإن لم يكن فيه ماله؛ لأنه بمنزلة

---

(١) ورد في نسخة "ف" : وإن لم يكن أحاط بمنزله المودع.

(٢) أثبت من نسختي "ظ" و "ف".

بيته.

١٠٢٥٠- وسئل نجم الدين عن خفاف جرى إلى القرى للاكتساب، فأعطاه رجلا خفًّا ليصلحه، فوضعه مع رحله فى دار، ودخل البلد، فسرق الخف، قال: إن كان اتخذ دارًا للسكنى بأى طريق كان، فلا ضمان عليه، وإن كان وضعه فى دار رجل لا يسكن هو معه فى تلك الدار، فهو ضامن؛ لأنه أودع الأمانة أجنبيًّا من غير ضرورة.

١٠٢٥١- إذا كانت عند امرأة وديعة، حضرتها الوفاة، فدفعها إلى جارة، فهلكت عندها، فإن لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد من عيالها، فلا ضمان؛ لأنها دفعت الوديعة إلى الأجنبية لضرورة.

١٠٢٥٢- فى "فتاوى أبى الليث" وفى هذا الموضع أيضًا: إذا آجر المودع بيتا من داره من إنسان، ودفع إليه الوديعة إلى هذا المستأجر، فهذا على وجهين: إما إذا كان لهما -أعنى الآجر والمستأجر- غلق على حدة، وفى هذا الوجه عليه الضمان؛ لأنه ليس فى عياله، ولا بمنزلة من فى عياله، وإن لم يكن لكل واحد منهما غلق على حدة، وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة، فلا ضمان؛ لأنه بمنزلة من فى عياله.

وفى هذا الموضع أيضًا: رجل غاب، وخلف امرأته فى منزله الذى فيه ودائع الناس، ثم رجع وطلب الوديعة، فلم يجدها، فإن كانت المرأة أمينة، فلا ضمان على الزوج، وإن كانت غير أمينة، وعلم الزوج بذلك، ومع هذا ترك الوديعة معها، فهو ضامن.

وعن هذه المسألة قالوا: يتم بأن يتم رأيه: غلام خويش ماند، فذهب الغلام بودائع الناس، فأفتواكه بآن ضامن شود، إن علم أن الغلام سارق، وليس بأمين -والله أعلم-.

الفصل الثالث
فى الشرط فى الوديعة ما يجب اعتباره وما لا يجب اعتباره

١٠٢٥٣- قال محمد فى "الأصل": إذا أودع رجل رجلا ألف درهم، وقال له: أخبأها فى بيتك هذا، فخبأها فى بيت آخر من داره تلك، لا يضمن استحسانًا؛ لأنه إنما يراعى من الشروط ما يفيد، وهذا الشرط لا يفيد. ألا ترى أنه لو قال له: أخبأها فى هذا الصندوق، فخبأها فى صندوق آخر فى بيته، فضاعت، لا ضمان عليه.

ولو قال: أخبأها فى هذه الدار، فخبأها فى دار أخرى فى محلة أخرى، أو فى تلك المحلة، فهو ضامن، وإن كانت الثانية أحرز من الأولى، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى "شرح كتاب الوديعة". وكذلك إذا قال: أخبأها فى هذه الدار، ولاتخبؤها فى دار أخرى، فخبأها فى الدار الأخرى.

وفى "شرح الطحاوى": إذا كانت الدار التى خبأها فيها، والدار الأخرى فى الحرز على السواء، وكانت الدار التى خبأها فيها أحرز، فلا ضمان عليه، سواء نهاه عن الخبء فيها، أو لم ينهَه.

وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إن كانت الدار الثانية أحرز، فلا ضمان، ولم يذكر محمد فى مسألة البيتين ما إذا قال: اخبأها فى هذا البيت، ولا تخبأها فى هذا البيت، فخبأها فى البيت المنهى عنه، ذكر شيخ الإسلام فى "كتاب الوكالة" فى باب وكالة الصبى: أنه يضمن.

وفى "شرح الطحاوى": إذا كان البيت الآخر أحرز من المنهى عنه، يضمن، وما لا فلا. والجواب فى المصرين نظير الجواب فى الدارين.

١٠٢٥٤- إذا قال للمودع: احفظ الوديعة بيدك، ولا تضعها ليلا ولا نهارًا، فوضعها فى بيته، وهلكت، فلا ضمان، وإن كان هذا شرطًا مفيدًا؛ لأن هذا لا يمكن اعتباره.

إذا قال له: احفظ فى هذا المصر، أو قال له: لا تخرجها من هذا المصر، فسافر بها، إن كان سفرًا له منه بد ضمن، وإن كان سفرًا لابد منه لا يضمن.

بيانه: إن أمكنه حفظ الوديعة فى المصر الذى أمر بالحفظ فيها مع السفر، إن كان ترك عبدًا له فى المصر المأمور به، أو بعض من فى عياله، فإذا لم يكن له عيال، أو كان، إلا أنه

احتاج إلى نقل العيال، فسافر، فلا ضمان.

هذا إذا عين عليه مكان الحفظ، وإن لم يعين عليه مكان الحفظ، ولم ينهه عن الإخراج عن المصر، بل أمره بالحفظ مطلقًا، فسافر بها، إن كان الطريق مخوفًا، يضمن بالإجماع، وإن كان الطريق آمنًا، إن كان الوديعة شيئًا لا عمل له، ولا مؤنة، فلا ضمان؛ لأن الطريق إذا كان آمنًا، كان صالحًا للحفظ فيه، فقد حفظ الوديعة فى مكان صالح للحفظ، والأمر بالحفظ مطلق، فيدخل هذا النوع من الحفظ تحته. فأما إذا كنت الوديعة شيئًا [له حمل ومؤنة][1]، إن كان لابد له من السفر بها، فإن كان عجز عن الحفظ فى المصر الذى أودعه فيه، فإنه لا يضمن عندهم جميعًا، فأما إذا كان له بد من المسافرة بها، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: لا ضمان، قربت المسافة أو بعدت عملا لإطلاق الأمر بالحفظ، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يضمن، قربت المسافة أو بعدت؛ لأن الأمر بالحفظ تقيد بمكان الوديعة عرفًا وعادةً، إذا كانت الوديعة شيئًا له حمل ومؤنة حتى لا يلزم صاحب الوديعة الحمل والمؤنة، وعلى قول أبى يوسف: إن قربت المسافة فلا ضمان، وإن بعدت، فهو ضامن.

١٠٢٥٥- وإذا دفع الرجل إلى غيره وديعة، وقال له: لا تدفعها إلى امرأتك، فإنى اتهمتها، أو قال: إلى ابنك، أو قال: إلى عبدك، وما أشبه ذلك، فدفع إليه، فإن كان لا يجد المودع بدّا من الدفع إليه، بأن لم يكن له عيال سواه، لم يضمن بالدفع إليه، وإن كان يجد بدًا منه، فهو ضامن؛ لأنه خالف شرطًا مفيدًا؛ لأن من فى عياله قد يتفاوتون فى الحفظ، ولا ضرورة له فى ذلك.

١٠٢٥٦- المودع إذا وضع الوديعة فى حانوته، فقال له صاحبها: لا تضع فى الحانوت، فإنه مخوف، فتركها فيه، حتى سرق ليلا، فهذا على وجهين: إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت، لا يضمن، وإن كان له موضع آخر أحرز من الحانوت، يضمن إذا كان قادرًا على الحمل.

١٠٢٥٧- فى "فتاوى أبى الليث": رجل دفع إلى رجل مرا، وقال: شق به أرضى، ولا تشق به أرض غيرى، فشق الرجل أرض الآمر، ثم شق أرض غيره، فضاع المر، فهذا على وجهين: إما إن ضاع قبل أن يفرغ من الشق الثانى، أو بعد ما فرغ، ففى الوجه الأول يضمن؛ لأنه مودع مخالف، وفى الوجه الثانى لا؛ لأن الشاق آجر أو معير، فكيف ما كان، فالمر غير مستأجر ولا مستعار، وإنما هى وديعة، فإذا شق بأرض غيره صار مخالفًا، فإذا هلك قبل أن

(١) هكذا ورد فى جميع النسخ التى عندنا، وورد فى الأصل: لا حمل، ولا مؤنة.

يفرغ من الشق، فقد هلك فى حالة الخلاف، وإذا ترك الاستعمال عاد إلى الوفاق، فيخرج عن الضمان، وحكم الرهن كاالوديعة. هذه الجملة فى "فتاوى الفضلى".

١٠٢٥٨- وسئل أبو بكر عن أكار لامرأة، قالت له: لا تطرح أموالى فى منزلك، وهو يطرح فى منزله، ثم جنى جناية، فهرب من منزله، فرفع السلطان ماكان فى منزله، قيل: قال: إن كان منزله قريبًا من موضع التبذير، فلا ضمان عليه؛ لأن حجرها ليس بمعتبر؛ لأن حفظ الكدس وتحصينه كان على الأكار، وقد طرحه فى موضع أحسن من التبذير، وأخف مؤنة، فلا يكون ضامنًا.

سئل الفقيه أبو بكر، قال المبضع للتاجر: ضعها فى هذا العدل، وأشار إليها، فوضعها فى الحقيبة، قال: ضمن. وإن قال: ضعها فى الجوالق من غير إشارة، فوضعها فى الحقيبة، قال: لا يضمن.

وضع الكتاب فى يد متوسط، وأمره بأن يسلم الصك إلى غريمه، إن دفع إليه الدراهم قبل مضى ثلاثة أشهر، فلم يدفع إليه إلا بعد مضى سنة، فجاء الطالب يريد أن يسترد الصك منه، قال: إن علم إيفاء حقه قبل المدة أو بعدها، يدفع المتوسط الصك إلى المطلوب دون الطالب.

١٠٢٥٩- قال محمد: فى ثلاثة نفر أودعوا رجلا مالا، وقالوا: لا تدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع، فدفع نصيب واحد منهم إليه، قال: ضمن قياسًا، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى، ولم يضمن استحسانًا، وبه قال أبو يوسف رحمه الله تعالى.

الفصل الرابع
فيما يكون تضييعًا للوديعة، وما لا يكون
ومايضمن به المودع، وما لا يضمن

١٠٢٦٠- إذا قال المودع : سقطت الوديعة منى ، أو قال بالفارسية : بيفتاد أز من ، لايضمن ، ولو قال : أسقطت ، أو قال بالفاسية : افكندم ، يضمن . هكذا ذكر الفقيه أبو الليث فى الفتاوى . وطعنوا فى المسألتين جميعًا ، فقالوا : ينبغى أن لا يضمن بمجرد قوله : أسقطت أو بافگندم ؛ لأن نفس الإسقاط ليس يصلح موجبا للضمان ، ألا يرى أنه لو أسقطها ثم رفعها ، أو لم يرفعها ، ولكن لم يبرح عن ذلك المكان لايضمن ، إنما يضمن بالإسقاط ، والذهاب عن ذلك الموضع ، والترك هناك ، أو الإسقاط فى موضع تضييع ، كما فى الماء ، ونحو ذلك ليكون ذلك تضييعًا .

١٠٢٦١- والذى يؤيد هذا الإشكال ، أن المودع إذا دفع الوديعة إلى من ليس فى عياله ، أو هلكت الوديعة فى يد الثانى قبل أن يفارقه الأول ، فإنه لا ضمان على الأول بلا خلاف . وإنما لا يجب عليه الضمان ؛ لأن مجرد الإيداع ليس بتضييع ، وإنما التضييع الذهاب وترك الحفظ ، ولم يوجد بعد .

١٠٢٦٢- والذى يؤيده أيضًا ما ذكر فى "المنتقى" : إذا قال الرجل لقوم : اشهدوا أن فلانًا أودعنى كذا وكذا ، وإنى قد بعت ذلك ، وقبضت [ثمنه ، أو قال له المودع : ما فعلت بوديعتى؟ قال : بعت ، وقبضت][1] ثمنها ، لا يضمن بذلك ما لم يقل : ودفعتها ؛ لأن مجرد البيع ليس بسبب للضمان ، فكذلك فى مسألتنا ينبغى أن لايجب الضمان بمجرد قوله : أسقطت ، بل يشترط مع ذلك أن يقول : أسقطت وتركت ، أو يقول : أسقطت وذهبت ، أو يقول : أسقطت فى الماء ، أو ما أشبه ذلك .

وقالوا : فى قوله : سقطت ينبغى أن يضمن ؛ لأنها إنما سقطت لتقصير من جهته ، إما فى الشدّ ، أو فى جعلها فى محل لا يحتملها .

١٠٢٦٣- وفى "فتاوى أبى الليث" : سوقى قام من حانوته إلى الصلاة ، أو لحاجته ، وفى حانوته ودائع ، فضاع شىء منها ، لا ضمان عليه ؛ لأنه غير مضيع لما فى حانوته ؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

جيرانه يحفظونه ، لا أن يكون هذا إيداعًا من الجيران ليقال : ليس للمودع أن يودع ، لكن هذا مودع لم يضيع . وذكر صدر الشهيد فى آخر كتاب الغصب مسألة تدل على الضمان ههنا ، فيتأمل عند الفتوى .

١٠٢٦٤- وفى "فتاوى أبى الليث" : ولو أن المودع قال : وضعت الوديعة بين يدى ، فقمت ، ونسيتها ، فضاعت يضمن ؛ لأن نسيانه تضييع منه . ولو قال : وضعت بين يدى فى دارى ، والمسألة بحالها ينظر ، إن كان مالا لا يحفظ فى عرصة الدار ، وعرصة الدار لا تعد حرزًا له ، كصرة الذهب ونحوها ، فكذلك .

ولو قال : دفنت فى دارى ، أو قال : فى كرمى ، ونسيت موضعها ، لم يضمن إذا كان للدار أو للكرم باب؛ لأنه ليس تضييع . ولو قال : دفنت فى موضع آخر ، ونسيت مكانها ، يضمن؛ لأنه تضييع . وكذلك لو لم يبين مكان الدفن ، لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون ، فإن كان للدار والكرم باب لم يضمن ، وإن لم يكن لهما باب يضمن .

١٠٢٦٥- وفى أول هذا الكتاب : إذا وضع الوديعة فى مكان حصين فنسى ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يضمن ، وقال بعضهم : لا يضمن ، قال صدر الشهيد : والمختار أنه إن قال : وضعت فى دارى ، فنسيت المكان لا يضمن ؛ لأن له أن يضع فى داره . وإن قال : لاأدرى وضعت فى دارى أم فى موضع آخر ، يضمن ؛ لأنه لايدرى أنه وضع فى موضع له ولاية الوضع .

وقد قيل : إذا كانت الوديعة مدفونة فى الدار ، أو فى الكرم لا يشترط أن يكون لها باب ، ألا ترى أنه لو سرق المدفون فى المفازة يقطع ، وإذا لم تكن مدفونة إن كانت موضوعة فى موضع لا يدخل عليه أحد إلا بالاستئذان لا يضمن ، وإن لم يكن باب .

١٠٢٦٦- المودع إذا وضع الوديعة فى الجبانة ، فسرقت الوديعة ، ضمن ؛ لأنه ضيعها ، فإن توجهت السراق نحو المودع ، فدفن الوديعة فى الجبانة حتى لا يؤخذ من يده ، و فر من خوفهم ، فلم يظفر بالمكان الذى دفن الوديعة فيه ، إن أمكن أن يجعل له علامة ، فلم يفعل ضمن ، وإن لم يمكنه أن يجعل لذلك علامة وأمكنه العود بأقرب الأوقات بعد زوال الخوف ، فلم يفعل وأخره ثم جاء ، فلم يجد الوديعة ، كان ضامنًا .

١٠٢٦٧- وإن كان رب الوديعة معه ، يذهبان جملة ، فلما توجهت السراق قال رب الوديعة : ادفنها ، فدفنها ، ثم ذهب السراق ، وذهبوا أيضًا بعد ذلك ، أو ذهبوا أولا ، ثم ذهب السراق ، ثم حضروا ، فلم يجدوا المدفون ، فلا شك أن المودع لايكون ضامنًا فى هذه الصورة ،

حيث دفن بأمر المالك.

وأما إذا كان المودع وحده، والمسألة بحالها، فالجواب فيها على التفصيل، إذا ذهب السراق أولا، وتمكن المودع من دفع الوديعة، فلم يدفع، وترك ثمه مع الإمكان، فهو ضامن. وأما إذا مكث السراق ثمه، ولم يمكنه الفرار ثمه لخوفهم، فذهب، ثم جاء، فلم يجد، فهذا على وجهين: إن جاء على فور ما أمكنه، وزال الخوف، فلم يجد، لا يكون ضامنًا، وإن أخر مع الإمكان كان ضامنًا؛ استدلالا بمسألة ذكرها في كتاب الغصب. والضمان من "فتاوى أهل سمرقند": أن السفينة إذا خيف غرقها، فرفعوا بعض الحمولات، ووضعوها في ناحية، فضاع شيء من ذلك، إن ضاع قبل زوال الخوف لا يكون الرافع ضامنًا، وإن ضاع بعد زوال الخوف، كان ضامنًا، كذا ههنا.

١٠٢٦٨- الوديعة إذا أفسدها الفأرة، وقد اطلع المودع على نقب معروفة، إن كان أخبر صاحب الوديعة أن هناك نقب الفأرة، فلا ضمان، وإن لم يخبر بعد ما اطلع عليه، ولم يسده، ضمن؛ لأنه ضيعها.

وفي "مجموع النوازل": سئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمن دفع خفًّا إلى خفاف ليصلحه، فترك الخفاف في حانوته، فسرق ليلا، هل يضمن؟ قال: لا، إن كان في الحانوت حافظ، وفي السوق حارس، وكان الشيخ الأجل ظهير الدين يفتي بعدم الضمان، وإن لم يكن هناك حافظ، ولا حارس. وقد قيل: يعتبر العرف، إن كان العرف فيما بين الناس أنهم يتركون الأشياء في الحوانيت من غير حافظ، ولا حارس في السوق، فلا ضمان، وإن كان العرف بخلافه، يجب الضمان.

١٠٢٦٩- ولذلك قيل: لو ترك باب الدكان مفتوحًا، وكان في موضع ذلك عرفهم وعادتهم، لا ضمان، وفي بخاري جرى العرف بترك باب الدكان مفتوحًا باليوم، وتعليق شيء على باب الدكان نحو الشبكة، وأشباه ذلك، والرواية محفوظة فيما ترك الحائك الثوب الذي نسج بعضه. والغزل في بيت الطراز ولم يكن هناك حافظ، ولاحارس في السوق، أنه لا ضمان على الحائك.

١٠٢٧٠- وفي "فتاوى أبي الليث": المودع إذا وضع الوديعة في الدار، وخرج والباب مفتوح، فجاء سارق، ودخل الدار، وسرق الوديعة، فإن لم يكن في الدار أحد ولا في موضع يسمع المودع الحنين يضمن؛ لأن هذا تضييع.

١٠٢٧١- إذا ربط دابة الوديعة على باب داره، وتركها، ودخل الدار، فضاعت، إن

كان بحيث يراها، فلا ضمان، وإن كان بحيث لا يراها، فإن كان في المصر، فهو ضامن، وإن كان في القرى، فلا ضمان، وهذا لأن العادة في حق أهل القرى أن النساء يجلسن على باب دورهن، فيحفظن ما على باب جارهن، فلم يكن مضيعًا، ولا كذلك في الأمصار.

وإن ربطها في الكرم، أو على رأس الفانيز، وذهب، فقد قيل: إن غاب عن بصره فهو ضامن، وإن لم يغب عن بصره فلا ضمان. وقد قيل: إذا كان للكرم باب وحيطان فلا ضمان على كل حال. وقد قيل: يعتبر العرف في هذا، وقد مر جنس هذا.

١٠٢٧٢- المودع إذا جعل دراهم الوديعة في خفه، فسقط عنه قبل: أن يجعلها في الخف اليمنى، فهو ضامن؛ لأنه يحتاج إلى رفع الرجل اليمنى عند الركوب، وإن جعلها في الخف اليسرى، فلا ضمان. وقيل: لا ضمان على كل حال؛ لأن العادة جرت بجعل الناس أموالهم في خفافهم، ولا يميزون بين اليمنى واليسرى.

وكذلك إذا ربط دراهم الوديعة في طرف كمه، أو جعلها في الأذن، أو في طرف العمامة، فلا ضمان؛ لأن الناس في عادتهم كذلك يفعلون ذلك بأموالهم، ويعدون ذلك حفظًا. وكذلك لو شد دراهم الوديعة على منديل، ووضع في كمه، فسرق منه، فلا ضمان.

في "فتاوى أبي الليث": إن جعل الرجل دراهم الوديعة في جيبه، وحضر مجلس الفسق، فسرقت منه، فلا ضمان؛ لأنه يحفظ ماله هكذا. ذكر في "فتاوى النسفي": وإن ظن أنه إن جعلها في جيبه، فإذا هي لم تدخل الجيب، فعليه الضمان.

١٠٢٧٣- إذا قال المودع: لا أدري أضيعت الوديعة، أو لم أضيع، يضمن. ولو قال: لاأدري، أضاعت الوديعة أو لم تضع، فلا ضمان؛ لأن في الوجه الأول تحقق ما توهم، يجب الضمان، وفي الوجه الثاني لا.

١٠٢٧٤- في "فتاوى أهل سمرقند": امرأة أودعت صبية من بنات سنة، فاشتغلت بشيء، فوقعت الصبية في الماء، لا ضمان عليها.

فرق بين هذا وبين الغصب، هكذا ذكر المسألة في "فتاوى أبي الليث"، وفي هذا الجواب نوع نظر، وينبغي أن يقال: إن لم يغب عن بصرها، فلا ضمان، وإن غابت عن بصرها، فهي ضامنة.

١٠٢٧٥- إذا نام المودع، وجعل الوديعة تحت رأسه، أو تحت جنبه، فضاعت، فلا ضمان عليه، وكذلك إذا وضعها بين يديه، ونام. وهو الصحيح، وإليه مال شمس الأئمة

السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح كتاب السرقة"، قالوا: إنما لايجب الضمان فى الفصل الثانى إذا نام قاعدًا، أما إذا نام مضطجعًا، فعليه الضمان، وقد مر شىء من ذلك فيما تقدم، وهذا إذا كان فى الحضر، أما إذا كان فى السفر فلا ضمان عليه نام قاعدًا، أو مضطجعًا.

١٠٢٧٦- وفى "فتاوى أبى الليث": سئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عمن حمل ثياب الوديعة على دابته، فنزل عن دابته فى بعض الطريق، ووضع الثياب تحت جنبه، ونام عليه، فسرق الثياب، قال: إن أراد به الترفق، فهو ضامن، وإن أراد به الحفظ، فلا ضمان، وإن كان مكان الثياب كيس فيه دراهم، لم يضمن؛ لأنه لايجعل ذلك بالدراهم، إلا للحفظ.

وفيه أيضًا: إذا كانت الوديعة شيئًا يخاف عليه الفساد، وصاحب الوديعة غائب، فإن رفع المودع الأمر إلى القاضى حتى يبيعه جاز، وهو الأولى، وإن لم يرفع حتى فسدت، لا ضمان عليه؛ لأن حفظ الوديعة على مقدار ما أمر به.

١٠٢٧٧- وفى "الجامع الأصغر": سئل أبو القاسم عمن عنده وديعة، فرفعها رجل، فلم يمنعه المودع، إن أمكنه منعه ودفعه، فلم يفعل، فهو ضامن، وإن لم يمكنه ذلك لما أنه يخاف دعارته وضربه، فلا ضمان.

وذكر شيخ الإسلام فى أول وصايا "الجامع" المودع إذا دل إنسانًا على أخذ الوديعة، إنما يضمن المودع إذا لم يمنع المدلول من الآخذ حالة الأخذ، أما إذا منعه فلا ضمان.

وفى "فتاوى النسفى": سئل عن مودع ربط سلسلة باب خزانته فى الحبل، ولم يقفل، وخرج، فسرقت الوديعة، قال: إن عد هذا إغفالا وإهمالا ضمن، وما لا فلا.

١٠٢٧٨- وفى "فتاوى الفضلى": سئل عمن خرج إلى الجمعة، وترك باب حانوته مفتوحًا، وأجلس على باب الدكان ابنا صغيرًا له، وفى الحانوت ودائع الناس، فسرقت الودائع، قال: إن كان الصبى ممن يعقل الحفظ، ويحفظ الأشياء، لم يضمن، وإلا فهو ضامن.

١٠٢٧٩- وفيه أيضًا: سئل عن مودع غاب عن بيته، فقال له أجنبى: لى فى بيتك شىء، وأخذ منه المفتاح، فلما رجع إلى بيته، لم يجد الوديعة، قال: لا ضمان عليه. قيل له: بدفع المفتاح إلى الأجنبى لا يصير جاعل البيت بما فيه فى يده؟ قال: لا.

١٠٢٨٠- سئل أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن فى حانوته وديعة رجل أخذ سلطان الوديعة من حانوته لداينه، ورهنها عند رجل، قال: إن كان المرتهن طائعًا فى الارتهان، فلصاحب الوديعة أن يضمن السلطان إن شاء، وإن شاء ضمن المرتهن، ولا ضمان على

الجاني. وإن كان لا يقدر على منع السلطان، ويبتنى على هذا الجاني الذي يقال بالفارسية: بيا بكار إذا أخذ شيئًا من بيت إنسان رهنًا، وهو طائع يضمن [وكذا إذا أخذ الجاني دراهم وهو طائع، يضمن، وكذا الضراب إذا كان طائعًا في أخذ الدراهم يضمن](١)، ويصير الجاني والضراب مجروحين في الشهادة.

١٠٢٨١- وسئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمن عنده وديعة إنسان، وهي ثياب ملفوفة، فوضعها تحت رأس ضيف له بالليل كالوسادة، ثم ردها على صاحبها، فقال صاحبها: كانت كذا، وقد ضاع بعضها، قال: ما لم يثبت أنها كذا أو كذا، وقد ضاع منها كذا أو كذا تلك الليلة، فوضعها تحت رأس الضيف [لا يمكن إيجاب الضمان، وبعد ما ثبت ذلك، لا يمكن إيجاب الضمان بمجرد الوضع تحت رأس الضيف](٢) ما دام المودع حاضرًا؛ لأنه إذا كان حاضرًا، فهو حافظ لها، وليس بمضيع، فإذا غاب الآن يصير ضامنًا؛ لأنه ترك حفظها.

١٠٢٨٢- وفي "فتاوى أبي الليث" رجل أودع رجلا زنبيلا فيه آلات النجارين، ثم جاء، وأسرده، وادعى أنه كان فيه قدوم قد ذهب منه، فقال المودع: قبضت منك الزنبيل، ولاأدري ما فيه، فلا ضمان على المودع، ولا يمين عليه أيضًا؛ لأنه لايدعي عليه تضييعًا.

وكذلك إذا أودع عند رجل دراهم في الكيس، ولم يزن على المودع، ثم ادعى أنها كانت أكثر من ذلك، وقال المودع: قبضت الكيس، ولا أدري كم كان فيه. فلا ضمان عليه، ولا يمين، لما قلنا.

قيل: وينبغي أن يحلف، فإن محمدًا يقول: القول قول الغاصب، والمودع في المقدار مع يمينه.

١٠٢٨٣- إذا كانت المرأة تغسل ثياب الناس، فغسلت ثوبًا لرجل، فغسلته، وعلقته على خص سطحها للتجفيف، فطار الثوب من الجانب الآخر، قيل: هي ضامنة، وعلى قياس مسألة الطاحونة التي مرت في كتاب الغصب إن كان السطح مرتفعًا، لا تضمن. وإن وضعت الثوب على سطحها للتجفيف، فسرق الثوب، قيل: إن كان السطح حصين، لا يضمن، قيل: وعلى قياس مسألة الطاحونة إذا لم يكن الحصن مرتفعًا تضمن.

١٠٢٨٤- وفي "المنتقى" بشر عن أبي يوسف: إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف، إن أقر به، ثم هلكت لا يضمنها، قال: لأن الجحود في هذه الصورة جهة من

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي توجد عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

جهات الحفظ، هكذا وقع في بعض نسخ هذا الكتاب [ووقع في بعضها : إذا جحد الوديعة، ثم أقر بها وهلكت لم يضمنها . وفي هذا الكتاب][1] أيضًا رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف : إذا جحد الوديعة في وجه صاحبها، يضمن، وإن جحد لا في وجهه، لا يضمن .

وفي "النوادر" عن محمد : أنه لا ضمان إذا لم يواجه صاحبها بالجحود .

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في كتاب الوديعة[2] : إذا جحد الوديعة في وجه المالك، لا بناء على [طلب المال، بأن قال المالك : ما حال الوديعة؟ يستنكره على][3] الحفظ، قال : ليس لك عندي وديعة، فلا ضمان في قول أبي يوسف، هذا كله في المنقول .

١٠٢٨٥- وأما إذا جحد الوديعة في العقار، ذكر شمس الأئمة السرخسي هذا في شرحه : أنه لا ضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر في جميع الوجوه ؛ لأن جحود الوديعة بمنزلة الغصب، ومن المشايخ من قال : العقار يضمن بالجحود بلا خلاف [قال شمس الأئمة الحلواني : في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان][4] .

وفيه أيضًا بشر عن أبي يوسف : رجل استودع رجلا وديعة، فجحدها إياه، ثم أخرجها بعينها، وأقر بها، وقال لصاحبها : اقبضها، فقال صاحبها : دعها وديعة عندك، فضاعت بعد ذلك، قال : إن تركها عنده . وهو قادر على أخذها إن شاء، فهو بريء، وهي وديعة عنده، وإن كان لا يقدر على أخذها، فهو على الضمان الأول، يعني به الضمان الثابت بالجحود، فإن الوديعة بالجحود دخلت في ضمانه . وكذلك إذا قال : اعمل به مضاربة .

١٠٢٨٦- في "المنتقى" بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال المودع لصاحب الوديعة : وهبت لي الوديعة، وأنكر صاحبها ذلك، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يجحدها، وإن طلبها صاحبها فمنعها، ضمن بالمنع .

١٠٢٨٧- أودع طشتًا عند غيره، فوضع المودع الطشت على رأس التنور في بيته، فوقع عليه شيء، فانكسر، فالجواب فيه على التفصيل: إن كان وضعه على رأس التنور في بيته ليغطي به التنور، يضمن، وإن كان وضعه كما يوضع في العادة، لا لأجل التغطية، لا يضمن ؛ لأن في الوجه الأول مستعمل، وفي الوجه الثاني لا .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) وفي نسختي "ف" و "م" : في شرح كتاب الوديعة .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

ومن هذا الجنس : أودع عند رجل طبقا ، فوضع المودع الطبق على رأس الجب ، فضاع ، فإن كان الوضع على وجه الاستعمال ، يضمن ، وإن كان الوضع لا على وجه الاستعمال ، لايضمن . وطريق معرفة ذلك إن كان فى الجب شىء نحو الماء والدقيق ، أو نحو ذلك مما يغطى [على][1] رأس الجب لأجله ، كان استعمالا ، وإن كان الجب خاليًا ، أو كان فيه شىء لايغطى رأس الجب لأجله ، لم يكن استعمالا .

١٠٢٨٨- وإذا أخذت المرأة ثوب الوديعة ، وسترت العجين ، فهى ضامنة ، وهذا استعمال ، وليس بحفظ .

١٠٢٨٩- وفى "العيون" : دابة الوديعة إذا أصابها شىء ، فأمر المودع إنسانًا أن يعالجها ، فعطبت من ذلك ، فصاحب الدابة بالخيار ، يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن المستودع ، لم يرجع على الذى عالجها ؛ لأنه تبين أنه عالج دابته بأمره ، وإن ضمن الذى عالجها ، يرجع على المستودع . فالمسألة على ثلاثة أوجه : إما إن علم أنها دابة المودع ، أو لم يعلم [لكن لم يعلم][2] أنها لغيره ، أو علم أنها لغيره ، بأن أخبره أنها ليست بدابتى ، ولم أومر فيها بهذا ، ففى الوجه الأول يرجع ؛ لأن الأمر قد صح ، فانتقل الفعل إليه ، وفى الوجه الثانى كذلك .

فرق بين هذا وبين مسألة حفر البئر فى الحائط على ما ذكرها فى كتاب الغصب .

والفرق : أن موضع تلك المسألة فى الدار ، والدار إذا لم يكن الآمر ساكنًا فيها ، لايعرف أنها فى يده ، لجواز أنها فى يد غيره لعدم دليل الملك ، أما الدابة فمنقول ، واليد على المنقول لا يثبت إلا بالدليل ، وإذا لم يوجد النقل من الغير ، علم أنها ليست فى يد الغير ، فكانت فى يد المستودع ، واليد دليل الملك . وفى الوجه الثالث لا يرجع ؛ لأن الأمر لا يصح .

المودع إذا بعث الحمار ، أو البقر إلى السرج ، يعتبر فى ذلك العرف والعادة -والله أعلم- .

---

(١) أثبتت هذه العبارة من نسخة "ف" .

(٢) أثبتت هذه العبارة من نسخة "ظ" .

الفصل الخامس
فى تجهيل الوديعة

١٠٢٩٠- إذا مات المودع مجهلا للوديعة، ضمنها، إما لأن ما بعد الموت حال أخذ الورثة جميع ما كان فى يده؛ لأن ظاهر اليد يدل على الملك، إلا أن يثبت خلافه، ولم يثبت، والمودع يضمن بمثل هذا التمكن. وإما لأنه التزم أداء الأمانة، ومن أداء الأمانة الرد عند طلب المالك و [البيان][(١)] عند الموت، ولو ترك الرد عند طلب المالك، يضمن، فكذا إذا ترك [البيان][(٢)] عند الموت. وإما لأنه خلط الوديعة بماله على وجه لا يمكن التميز، ومثل هذا الخلط يوجب الضمان، كما فى حالة الحياة.

ثم المودع إنما يضمن بالتجهيل عند الموت إذا لم يعرف الورثة الوديعة بعينها.

١٠٢٩١- وفى "الأصل" رجلان جاءا إلى رجل، فقال كل واحد منهما: أودعتك هذه الوديعة، فقال المودع: لا أدرى أيكما استودعنى هذه الوديعة، ولكنى أعلم أنها لأحد، وليس لواحد منهما على ذلك بينة، فعليه أن يحلف لكل واحد منهما ما أودعه هذه الوديعة بعينها، والمسألة معروفة فى كتاب الإقرار.

وغرض محمد رحمه الله تعالى من إيراد هذه المسألة فى كتاب الوديعة بيان حكم الضمان بسبب التجهيل، فقال: إذا أبى أن يحلف لهما، فالقاضى يدفع الوديعة إليهما، ويضمنه قيمة الوديعة بينهما؛ لأنه صار مجهلا فى حق كل واحد منهما، فيصير ضامنًا.

وفى "كتاب الأجناس": إن الأمانات تنقلب بالموت مضمونة إذا لم يبينها إلا فى ثلاثة مواضع: أحدها: متولى الوقف إذا مات، ولا يعرف حال غلته التى أخذها، ولم يبينها، فلا ضمان، وأحاله إلى وقف هلال.

١٠٢٩٢- الثانى: السلطان إذا خرج إلى الغزو، فغنموا، وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين، ومات، ولم يبين عند من أودع، لا ضمان عليه، وأحاله إلى "السير الكبير".

الثالث: أحد المتعاوضين إذا مات، وفى يده مال الشركة، ولم يبين، لا ضمان عليه، وأحاله إلى شركة الأصل.

---

(١) أثبتت من نسخة "ظ"، وكان فى الأصل: الثياب مكان البيان.

(٢) أثبتت من نسخة "ظ"، وكان فى الأصل: الثياب مكان البيان.

١٠٢٩٣- وفى "واقعات القاضى" إذا قبض أموال اليتامى، ولم يبين، فهذا على وجهين: إن وضعها فى بيته، ولا يدرى أين المال، يضمن؛ لأنه مودع مات مجهلا، وإن دفعها إلى قوم، ولا يدرى إلى من دفعها، فلا ضمان؛ لأن القاضى ليس بمودع، وإنما المودع غيره، وذلك الغير على حاله لم يمت فضلا من الموت مجهلا.

وفى "الهارونى": لو أن المستودع لم يمت، ولكن جن جنونًا مطبقًا، وله أموال، فطلب الوديعة، فلم يوجد، وقد يئسوا من أن يرجع إليه عقله، كانت دينًا عليه فى ماله، ويجعل القاضى له وليّا يقبضها من ماله، ويأخذ بها ضمينًا ثقة من الذى يدفع إليه، فإن أفاق المستودع بعد ذلك، وقال: ضاعت عندى الوديعة، أو قال: رددتها عليه، وحلف على ذلك، رجع بها على الذى دفعها إليه.

١٠٢٩٤- وفى "الأجناس": لو كان المستودع دفع الوديعة إلى امرأته، وقد علم ذلك، ثم مات المستودع، أخذت المرأة بها، فإن قالت المرأة: قد ضاعت، أو قالت: قد سرقت، فالقول قولها مع يمينها، ولا شىء عليها، ولا فى مال الميت.

وإن قالت المرأة: قد رددتها عليه قبل أن يموت، فالقول قولها مع يمينها، ولا ضمان عليها، ويصير دينًا على الميت.

وإن كان الميت ترك مالا، صارت الألف دينًا فيما ورثت المرأة من الزوج؛ لأنها لما زعمت أنه دفعها إليه، فقد زعمت أنها صارت مضمونة عليه بموته مجهلا، وزعمها حجة فى حقها.

وإن لم يعلم أنه دفعها إلى امرأته، إلا بقوله: بأن قيل له قبل أن يموت: ما فعلت بالألف التى أودعكها فلان؟ فقال: دفعتها إلى امرأتى، ثم مات، ثم سئل المرأة، فأنكرت أن يكون دفعها إليها، فإنها تحلف، ولا شىء عليها. وإن كان الميت ترك مالا، فهى دين فيما ورثت المرأة منها؛ لأنها حين قالت: لم يودعنى، فقد زعمت أنها عنده على حالها، فإنها صارت عليه، والدين مقدم على الميراث، وزعمها يعتبر فى حقها.

وفيه أيضًا: إذا قال المضارب قبل أن يموت: أودعت مال المضاربة فلانًا الصيرفى، ثم مات، فلا شىء عليه، ولا على ورثته، وإن قال الصيرفى: ما أودعنى شيئًا، كان القول قوله مع يمينه، ولا شىء عليه، ولا على ورثة الميت. وإن مات الصيرفى قبل أن يقول شيئًا، ولا يعلم أن المضارب دفعها إلى الصيرفى إلا بقوله، لا يصدق الصيرفى. وإن كان دفعها إلى الصيرفى ببينة، أو إقرار من الصيرفى، ثم مات المضارب، ثم مات الصيرفى، ولم يبينها، كانت دينًا فى مال الصيرفى، ولا شىء على المستودع.

وإن مات المضارب، والصيرفى حىّ، فقال الصيرفى : رددتها عليه فى حياته، كان يقول قوله، ويحلف، ولا ضمان عليه، ولا على الميت.

١٠٢٩٥- وإن أودع جارية، فمات المستودع، ولم يبين، ثم رآها حية بعد موته، فلا ضمان على المستودع، وإن لم يرها بعد موته، فقالت ورثته : قد رددتها عليه فى حياته، أو هربت، لا يقبل قوله فى شىء من ذلك؛ لأنهم يدفعون عن أنفسهم الضمان، وتصير قيمتها آخر ما رأوها حية عنده دينًا فى ماله. وكذلك العارية والإجارة فى "الأجناس" أيضًا.

١٠٢٩٦- وفى "النوازل" : إذا مات المستودع، فقال ورثته : قد رد الوديعة فى حياته، لم يقبل قولهم، والضمان واجب فى مال الميت؛ لأنه مات مجهلا، فإذا أقام الورثة البينة على إقرار الميت أنه قال فى حياته : رددت الوديعة، فلا ضمان؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيانًا، ولو عاينا إقرار المودع حال حياته بذلك، ثم مات، لا ضمان عليه، كذا ههنا.

١٠٢٩٧- وفى "الواقعات" : إذا اختلف الطالب وورثة المودع فى الوديعة، فقال الطالب : قد مات ولم يبين، فصارت دينًا فى ماله، وقالت الورثة : كانت قائمة بعينها يوم مات المودع، وكانت معروفة، ثم هلكت بعد موته، فالقول قول الطالب، هو الصحيح؛ لأن الوديعة صارت دينًا فى التركة ظاهرًا، فالورثة يدعون أمرًا بخلاف الظاهر، والطالب متمسك بما هو الظاهر.

١٠٢٩٨- ذكر فى "الجامع الكبير" : وارث مستودع قال لصاحب المال : قد قبضت بعض وديعتك، وقال صاحب المال : لم أقبض شيئًا، قيل لصاحب المال : لابد أن تقر بقبض شىء، وتحلف على ما بقى بالله ما قبضت منه ما قالت الورثة؛ لأن إقرار المستودع على صاحب الوديعة بالقبض جائز لكونه مدعيًا من جهته، فصار إقراره كإقرار صاحب الوديعة. ألا ترى أن المستودع لو قال لصاحب الوديعة : قبضت جميع وديعتك، جاز، كما لو أقر صاحب الوديعة بنفسه.

ولو أقر صاحب الوديعة بقبض بعض الوديعة، ثم مات المستودع، قيل له : بيّن؛ لأنه أقر بقبض شىء مجهول، فيرجع فى البيان إليه، فإذا بيّن، كان القول قوله فى البيان، كذلك ههنا، وعليه اليمين فيما يدعى الورثة من الزيادة؛ لأن ورثة المستودع صاروا ضامنين بتجهيل المورث، والضامن إذا ادعى على صاحب الضمان زيادة قبض كان القول قول صاحب الضمان، كما فى الغصب والمغصوب منه.

وكذلك لو قال رب الوديعة : قد قبضت بعض وديعتى، ثم مات المستودع، فالقول قول رب المال فيما قبض؛ لأنه إقرار بقبض شىء مجهول، ويرجع فى البيان إليه، ويكون القول

قوله فيما وراء ذلك ؛ لأنه منكر للقبض ، والورثة ضامنون بسبب تجهيل المستودع ، فكان القول قوله ، وكذلك لو قال ذلك بعد موت المستودع ؛ لأن المعنى يجمعهما .

١٠٢٩٩- في "المنتقى" : رجلان أودعا ألف درهم ، فمات المستودع ، وترك ابنا ، فادعى أحد الزوجين أن الابن استهلك الوديعة بعد موت أبيه ، وقال الآخر : لا أدرى ما حالها ، فالذى ادعى على الابن الاستهلاك ، فقد أبرأ الأب منها ، حيث زعم أن أباه مات وتركها قائمة بعينها ، فاستهلكها ابنه ، وادعى الضمان على الابن ، فصدق فى حق الأب ، ولم يصدق فى حق الابن حتى لا يقضى له على الابن بشىء . و أما الآخر ، فله خمسمائة درهم فى مال الميت لوجود التجهيل فى حقه ، ولا يشاركه صاحبه فيها .

١٠٣٠٠- وفى "الجامع الكبير" : صبى ابن اثنى عشر سنة ، يعقل البيع والشراء ، وهو مهجور عليه ، أودعه رجل ألف درهم ، فأدرك ، ومات ، ولم يدرِ ما حل الوديعة ، فلا ضمان فى ماله إلا أن يشهد الشهود ، أنه أدرك وهو فى يده .

والحكم فى المعتوه نظير الحكم فى الصبى إذا أفاق ، ثم مات ، ولم يدر ما حال الوديعة ، لا ضمان فى ماله ، إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهى فى يده .

وإن كان الصبى مأذونًا له فى التجارة ، والمسألة بحالها ، فهو ضامن للوديعة ، وإن لم يشهد الشهود أن الصبى أدرك وهى فى يده . وكذلك الحكم فى المعتوه إذا كان مأذونًا له فى التجارة .

ولو أن عبدًا مهجورًا عليه أودعه رجل ، ثم أعتقه المولى ، ثم مات ، ولم يبين الوديعة ، فالوديعة دين فى مال الميت ، وإن مات وهو عبد ، فلا شىء على مولاه ، إلا أن يعرف الوديعة بعينها ، فيرد على صاحبها .

وإن أذن له المولى فى التجارة بعد ما استودع ، ثم مات ، فلا ضمان عليه إلا أن يشهد الشهود أنها كانت فى يده بعد الإذن ، فإذا شهد الشهود بذلك ، ثم مات ، وترك مالا ، فالوديعة فى ذلك المال .

١٠٣٠١- فى "المنتقى" : رجل أودع رجلا بطيخا ، أو عنبا ، وغاب ، ثم مات المستودع ، ثم قدم المودع بعد مدة يعلم أن تلك الوديعة لا تبقى إلى تلك المدة ، فهى دين فى مال الميت ؛ لأنه يعلم ما بينها بعد الموت ، وهذا بناء على ما قلنا : إن تجهيل الوديعة [عند الموت][1] سبب للضمان .

---

(١) أثبتت هذه العبارة من نسخة "م" .

الفصل السادس
فى طلب الوديعة، والأمر بالدفع إلى الغير

١٠٣٠٢- فى "فتاوى الفضلى" : إذا طلب صاحب الوديعة، فقال المودع : اطلبها غدًا، فلما كان من الغد، قال المودع : ضاعت الوديعة، فالقاضى يسأله عن وقت الضياع، متى ضاعت؟ قبل قولك : اطلبها غدًا، أو بعد ذلك؟ إن قال : قبل ذلك، فهو ضامن؛ لأنه متناقض؛ لأن قوله : اطلبها غدًا، إقرار منه أنه ما ضاع، فإذا قال بعد ذلك : قد كان ضاع قبل ذلك، صار متناقضًا، وإن قال : بعد ذلك فلا ضمان؛ لأنه لا تناقض.

فى "مجموع النوازل" : إذا جاء المودع إلى المودع، يريد استرداد الوديعة، فقال المودع : لا يمكننى أن أحضرها هذه الساعة، وتركها، ورجع، فهذا ابتداء إيداع، قال ثمه : لما طالبه برد الوديعة فقد عزله عن الحفظ، فخرج من أن يكون مودعًا، وبالترك عنده بعد ذلك صار مودعًا ابتداء.

١٠٣٠٣- وفيه أيضًا : إذا قال رب الوديعة للمودع : احمل إلىّ الوديعة اليوم، فقال : أفعل، فلم يحملها إليه، حتى مضى اليوم، وهلكت عنده بعد ذلك، فلا ضمان؛ لأنه لا يجب على المودع نقل الوديعة إلى صاحبها، بل مؤنة الرد على صاحب الوديعة.

وفيه أيضًا : سئل شيخ الإسلام عمن قال لمودعه : إذا جاءك أخى، فادفع وديعتى التى عندك إليه، فجاء أخوه، وطلب الوديعة، فقال المودع : عد إلى بعد ساعة، لأدفعها إليك، فلما عاد إليه، قال : إنه قد كان هلك قبل مقالتى : عد إلى بعد ساعة، فهو ضامن لمكان التناقض. وهذه المسألة قريبة من المسألة المذكورة فى أول هذا الفصل.

١٠٣٠٤- فى "النوازل" : قال صاحب الوديعة للمودع فى السر : من أخبرك بعلامة كذا، فادفعها إليه، فجاء رجل، وزعم أنه رسول المودع، وأتى بتلك العلامة، فلم يصدقها المودع، ولم يدفعها إليه حتى هلكت، فلا ضمان؛ لأنه يتصور أن يأتى غير رسوله بتلك العلامة.

١٠٣٠٥- رسول المودع إذا جاء إلى المودع، وطلب الوديعة، فقال المودع : لا أدفع إلا إلى الذى جاء بها، فلم يدفع إليه حتى هلكت، ذكر شيخ الإسلام نجم الدين عمر النسفى : أنه يضمن، وفيه نظر، فقد ذكر فى الكتاب فى مواضع أن من جاء إلى مودع رجل، وقال : إن

فلانًا وكلنى بقبض وديعته منك، فصدقه فى دعوى الوكالة [لا يؤمر بدفع الوديعة إليه، بخلاف ما إذا قال: وكلنى بقبض ماله عليك من الدين، فصدقه المديون فى دعوى الوكالة يؤمر](١)، فإنه يجبر على دفع الدين إليه.

١٠٣٠٦- رجل بعث ثوبًا له إلى القصار على يدى تلميذه، ثم بعث إلى القصار أن لاتدفع الثوب إلى الذى جاءك به ينظر، إن كان الذى جاء بالثوب إلى القصار لم يقل للقصار: هذا ثوب فلان بعثه إليك، لا يضمن القصار بالدفع إليه، وإن قال: هذا ثوب فلان بعثه إليك، قال: إن كان الذى جاء بالثوب متصرفًا فى أموره، فكذلك لا يضمن، وإن لم يكن متصرفًا فى أموره، ضمن بالدفع إليه، هكذا قيل. وقيل: ينبغى أن يضمن، وإن كان متصرفا فى أموره؛ لأنه لما نهى القصار عن دفع الثوب إليه، فقد عزله عن هذا النوع من التصرف. والأول أوجه؛ لأن العزل لايصح من غير علم المعزول، وليس فى موضع المسألة أن الذى جاء بالثوب علم بهذا النهى.

١٠٣٠٧- فى "الأصل": إذا أمر صاحب الوديعة المودع أن يدفعها إلى رجل بعينه، فقال: دفعتها إليه، وقال ذلك الرجل: لم أقبضها منك، وقال رب الوديعة: لم يدفعها إليه، فالقول قول المستودع، ولا ضمان على المدفوع إليه [ويعتبر قول المودع فى حق براءته عن الضمان، لا فى حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه](٢).

١٠٣٠٨- وفيه أيضًا: أودع رجل رجلا دراهم، فجاء رجل، وقال: أرسلنى إليك صاحب الوديعة لتدفعها إلىّ، فدفعها إليه، فهلكت عنده، ثم جاء صاحبها، وأنكر ذلك، فالمستودع ضامن ذلك، وهل يرجع على الرسول بما ضمن؟ إن صدقه المدفوع فى كونه رسولا، ولم يشترط عليه الضمان، لا يرجع، وإن كذبه فى كونه رسولا ومع هذا دفع، أو لم يصدقه، ولم يكذبه مع دفع، أو صدقه ودفع على الضمان، يرجع.

ومعنى الضمان ههنا أن يقول المودع للرسول: أنا أعلم أنك رسول، لكن لم آمن أن يحضر المالك، ويجحد الرسالة، ويضمننى، فهل أنت ضامن لى ما يأخذ منى؟ فإذا قال: نعم، حصلت الكفالة بدين سيجب إلى سبب الوجوب، وأنه جائز، فيرجع المودع على الرسول بحكم الكفالة.

١٠٣٠٩- وفى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد: رجل أودع رجلا ألف درهم، ثم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبتت هذه العبارة من نسخة "م".

قال : إنى أمرت فلانًا بقبضها منه ، ثم نهيته عن ذلك ، فقال المودع : فلان أتانى ، ودفعتها إليه ، وقال فلان : لم آتِه ، ولم أقبضها منه ، فإن المستودع برىء منه .

وفى الفتاوى : سئل أبو بكر رحمه الله تعالى عن مودع طلب الوديعة من المستودع ، وقد هاجت الفتنة ، فقال المستودع : لا أصل إليها هذه الساعة ، فاعتبر على تلك الناحية ، وقال المستودع : اعتبر الوديعة أيضًا ، قال : إن لم يقدر المستودع على ردها فى تلك الحالة لبعدها ، أو لضيق الوقت ، فلا ضمان ، والقول قوله فيه ، وإلا ضمن .

وفى " فتاوى النسفى " : أتى عند رجل بوقر من الحنطة إلى بيت رجل ، وهو غائب ، فسلمها إلى امرأته ، وقال : هذا وديعة مولاى بعثها إلى زوجك ، وغاب ، فلما أخبرت الزوج بذلك لامها على القبول ، وأرسل إلى مولى العبد أن أبعث من يحمل هذا الوقر ، فإنى لاأقبله ، فأجاب أنه يكون عندك أيامًا ، ثم أحمله ، فلاتدفع ذلك إلى عبدى ، ثم طلبه المولى ، فقال : لا أدفعه إلا إلى العبد الذى حمل إلى بيتى ، ثم سرق الوقر ، فقال : إن صدق صاحب البيت العبد بما قاله العبد ، ضمن بالمنع عن المولى ، وإن لم يصدقه ، أو قال : لا أدرى أهو لمولاه ، أو غصب فى يدى العبد ، أو وديعة من غيره ، وتوقف فى الرد ليعلم ذلك ، لم يضمن بالمنع .

١٠٣١٠- وفى " الفتاوى " : وسئل عمن خاصم آخر بألف درهم ، وأنكر الآخر ، ثم أخرج المدعى عليه ألف درهم ، ووضعها فى يد إنسان حتى يأتى المدعى بالبينة ، فلم يأت بالبينة ، فاسترد المدعى عليه الدراهم ، فأبى أن يرد عليه ، ثم أغاروا على تلك الناحية ، وذهبوا بالألف ، هل يضمن؟ قال : إن وضع المدعى والمدعى عليه عنده ، فلا يضمن ، إذ ليس له أن يدفع إلى أحدهما ، وإن كان صاحب المال وضعه ، يضمن بالمنع عنه ؛ لأنه صار غاصبًا بمنعه عنه .

الفصل السابع
فى رد الوديعة

١٠٣١١- إذا رد المودع الوديعة إلى منزل المودع، أو إلى أحد من عياله، فهلك، فالمودع ضامن، وأشار فى "الجامع الكبير" إلى أنه لا ضمان.

١٠٣١٢- وإذا ردها بيد من فى عياله، فلا ضمان، وإن ردها بيد ابنه، والابن ليس فى عياله، فهلكت، فإن كان الابن بالغًا، فهو ضامن؛ لأنه ليس له أن يحفظ الوديعة بيده، إذا لم يكن فى عياله، فلا يكون له الرد بيده.

وإن كان الابن غير بالغ، فلا ضمان؛ لأنه إذا كان غير بالغ، فتدبيره إلى الأب، وإن لم يكن فى عياله، فالأب يتصرف فيه كما يتصرف لو كان فى عياله، ألا ترى لو بعث الوديعة على يدى غيره، وقد أخر العبد من غيره، لا يضمن.

وفى "النوازل": قالوا: إذا كان الابن غير بالغ، إنما لا يضمن بالرد عليه إذا كان يعقل الحفظ ويحفظ الأشياء، أما إذا كان لا يحفظ، فهو ضامن.

١٠٣١٣- إذا قال المستودع لصاحب الوديعة: بعثت بها إليك مع رسولى، وسمى بعض من فى عياله، بأن قال: مع أمتى، أو قال: مع عبدى، أو ما أشبهه، كان القول قوله؛ لأن له الرد بيد هؤلاء، كما له الرد بنفسه، كان القول قوله، فكذا إذا ادعى الرد بيد هؤلاء.

١٠٣١٤- ولو قال: رددتها بيد أجنبى، ووصل إليك، وأنكر ذلك صاحب المال، فهو ضامن، إلا أن يقر به رب الوديعة، أو يقيم المودع بينة على ذلك؛ لأنه ليس له الرد بيد الأجنبى، فإذا ادعى ذلك فقد أقر بسبب الضمان، وبقوله: وصل إليك ادعى ما يبرئه عن الضمان، فلا يصدق إلا بحجة، والحجة إقرار رب الوديعة به، أو البينة.

وإن قال: بعثت إليك مع هذا الأجنبى، أو قال: استودعها إياه، ثم ردها على، فضاعت، لا يصدق على ذلك، ويصير ضامنًا إلا بحجة؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وادعى ما يبرئه. هذه المسائل فى "الأصل".

١٠٣١٥- فى "المنتقى" ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أودع رجلا ألف درهم، فاشترى بها، ودفعها إليه، ثم استردها بهبة، أو شراء، وردها إلى موضعها، فضاعت، لم يضمن، علل فقال: قد ردها بعينها إلى موضعها.

وقد روى عن إبراهيم عن محمد : أنه إذا قضاها غريمه بأمره ، ثم ردها إليه ، ثم وجدها زيوفًا ، فهلكت ، ضمن ، علل فقال : لأن له أن يستعملها في الذي يشاء ، كسائر أملاكه ، وهناك ليس صرفها في منافعه ، فهي عنده على الوديعة ، فالتعليل على هذا الوجه مذكور في الكتاب .

معنى قوله في فصل القضاء : له أن يستعملها في الذي يشاء ، أن صاحب الوديعة لما أمره بقضاء الدين من الوديعة ، صار مقرضًا الدراهم الوديعة منه ، وصار المودع قاضيًا دين نفسه من مال نفسه ، وصار مثل تلك الدراهم دينًا لصاحب الوديعة في ذمة المودع ، فإذا ردت الدراهم على المودع ، فقد عادت الدراهم إلى ملكه ، فإذا هلكت هلكت من ماله . أما في فصل الشراء فالدراهم لم تصر مملوكة للمودع ، ووجب ردها بعينها ؛ لأنها في حكم المغصوبة ، فإذا ردها إلى مكانها ، فقد أتى بالمستحق عليه ، فيبرأ عن الضمان .

١٠٣١٦- في "الأصل" : إذا كانت الوديعة دراهم ، أو دنانير ، أو شيء من المكيلات والموزونات ، فأنفق المودع طائفة منها في حاجة ، كان ضامنًا لما أنفق فيها ، ولم يصر ضامنًا لما بقي منها ، فإن جاء بمثل ما أنفق ، وخلط ، صار ضامنًا لجميع ما أنفق بالإتلاف ، وما بقي بالخلط ، قالوا : وهذا إذا لم يجعل على ماله علامة حتى خلط بمال الوديعة ، أما إذا جعل ، لا يضمن ، إلا ما أنفق .

وإن كان قد أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ، ثم بدا له ورده في مكانها ، فضاع ، فلا ضمان عليه .

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في تخريج المسألة ، بعضهم قالوا : لم يضمن أصلا ، وبعضهم قالوا : ضمن ، ثم برئ بالرد إلى مكانه ، وهو الصحيح ، وهذا لأن الدفع بنية الإنفاق أخذ لنفسه سبب الضمان ؛ لأنه خلاف ، كما لو كان ثوبًا فلبسه ، أو كان دابة فركبها ، والدليل على أن الدفع بنية البيع [سبب الضمان حتى لو رفع ليبيع ، وباع ، وضمن القيمة ، نفذ البيع من جهته ، وإنما ينفذ البيع إذا استند الملك إلى ما قبل البيع][1] ، وإنما يستند الملك إلى ما هو سبب .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الثامن
فيما إذا كان صاحب الوديعة، أو المستودع غير واحد

١٠٣١٧- قال فى "الأصل": رجلان أودعا دراهم، أو دنانير، أو ثيابًا، أو دواب، أو عبيدًا، فجاء أحدهما، وطلب حصته، والآخر غائب، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ليس للمودع أن يدفع إليه حصته، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يدفع إليه حصته، ولا تكون قسمته جائزة على الغائب.

وضع المسألة فى الدفع فى "الأصل"، وفى "الجامع الصغير" وضعها فى الأخذ، فقال: ليس للحاضر أن يأخذ حصته من المودع عند أبى حنيفة، وعندهما له ذلك، فقد جمع فى الكتاب بين المكيل والموزون، والعبيد، والثياب، وأجاب عقيب الكل بجواب واحد، فقال: ليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يدفع، فمن مشايخنا من قال: بأن الخلاف فى الكل واحد، ألا ترى أن محمدًا رحمه الله تعالى لم يفصل فى الكتاب بين المكيل والموزون وغيرهما، ومنهم من قال: الخلاف فى المكيل والموزون خاصةً، فأما فى الثياب والعبيد فليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته بلا خلاف، وهو الأشبه بالصواب. ولو كان فى يد المودعين، وغاب الآخر، لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه من ذلك بالإجماع، فكذلك إذا كان فى يد المودع.

فى "المنتقى": لو دفع المودع إلى الحاضر نصفها، ثم هلك ما بقى، وحضر الغائب، قال أبو يوسف: إن كان الدفع بقضاء، فلا ضمان على أحد، لكون المسألة مجتهدًا فيها، وإن كان بغير قضاء، فإن شاء الذى حضر اتبع الدافع بنصف ما دفع، ويرجع به الدافع على القابض، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض.

١٠٣١٨- ولو أراد أحد الرجلين أن يقيم البينة على المودع أن الوديعة كلها له [لا تسمع بينته، وكذلك لو أراد أن يقيم البينة على إقرار صاحبه وقت الإيداع أن الوديعة كلها له، لا تسمع بينته][1].

ولو أن المودع فى هذه الصورة ادعى هلاك الوديعة، أو أخذ ظالم منه، فقال أحد المودعين: قد بقى فى يدك شىء من الوديعة، كان له أن يحلفه على ذلك بلا خلاف. فأبو

---

(١) أثبتت هذه العبارة من نسخة "ظ".

حنيفة رضي الله تعالى عنه إن كان لا يدرى حق استرداد الوديعة لأحدهما، يرى حق الاستحلاف لأحدهما.

١٠٣١٩- في "فتاوى النسفي": إذا كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غير ذلك، فاقتسماها، وجعل كل واحد منهما نصفًا في بيته، فهلك أحد النصفين، أو كلاهما، فلا ضمان، وإن أودعاهما عند رجل، فهلكت، ضمناها، والحكم في المستبضعين، والوصيين، والعدلين في الرهن هكذا.

وإن ترك أحدهما الوديعة عند صاحبه، إن كان شيئًا لا يحتمل القسمة، لا يضمنان، وإن كان شيئًا يحتمل القسمة، أجمعوا على أن المدفوع إليه لا يضمن، وأما الدافع فقد اختلفوا فيه، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يضمن نصف الوديعة، وقالا: لا يضمن شيئًا.

١٠٣٢٠- وذكر شيخ الإسلام في "شرح كتاب الوديعة" بعد هذه المسألة مسائل فيما إذا كانت الوديعة شيئًا يحتمل القسمة، إذا رضيا أن يكون المال عند أحدهما إلى أن يحضر صاحب المال جاز، ولم يذكر فيها خلافًا، وذكر أيضًا إذا كانت الوديعة شيئًا لا يحتمل القسمة، فإنهما يقتسمان من حيث الضمان[1].

في "المنتقى": رجلان أودعا عند رجل ألف درهم، فقال أحدهما للمودع: ادفع إلى شريكي مائة درهم، فدفعها، وضاعت البقية، قال: ما أخذ فهو من مال الآخر حتى لا يرجع عليه شريكه بشيء، وكذلك إذا قال: ادفع إليه مائتين، أو ما أشبه ذلك ما لم ينتهِ إلى النصف.

وكذلك إذا قال: ادفع إليه النصف، فهو من الكل حتى لو ضاع الباقي رجع عليه شريكه بنصف ما أخذ.

ولو قال: ادفع إليه حصته، فدفع، فهو من حصته حتى لو هلك الباقي، لا يرجع شريكه بشيء.

أما إذا قال: ادفع إليه مائة، وما أشبهها؛ فلأن المائة اسم للمفرز والمعين، فقد أمره بإعطاء شيء مفرز إلى صاحبه، والمفرز ليس حق صاحبه، فيضمن الآمر به آمرًا بإفراز نصيب صاحبه لما أخذه، فقد رضي بذلك الإفراز، فتم الإفراز، فصار قابضًا حقه من كل وجه. فأما النصف فهو اسم للشائع، لا اسم المفرز، فقد أمره بإعطاء النصف من النصيبين بشرط أن يسلم له النصف الباقي، ولم يسلم لما ضاع الباقي، فكان له أن يرجع عليه بنصفه.

١٠٣٢١- وفيه أيضًا: رجلان بينهما ألف درهم، وضعاها عند أحد، ثم قال أحدهما

---

(١) وفي نسخة "م" وحاشية "ظ": من حيث الزمان.

لصاحبه: خذ نصيبك منها، فأخذ وضاع النصف الباقي، فالنصف الذي أخذ صاحبه يكون بينهما، قال: لأنه لا يكون مقاسماالنفسه. قال: وإن كان ضاع النصف الذي أخذ، سلم الباقي للشريك، قال: لأنه احتبس عند الآخذ مالية النصف على وجه لا يمكن رده، فهو بمنزلة ما لو أكل النصف، وهناك يتعين النصف كذا هنا -والله أعلم-.

الفصل التاسع
في الاختلاف الواقع في الوديعة والشهادة فيها

١٠٣٢٢- في "المنتقى" بشر عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل وديعة، وجحدها المودع، وأقام المدعي بينة على دعواه، وأقام المودع بينة على المدعي أنه قال: ما لي على فلان شيء، قال: إن كان مدعي الوديعة يدعي أن الوديعة قائمة بعينها عند المودع، فهذه البراءة لا تبطل حقه؛ لأنها ما دامت عنده، فليس له عليه، إنما له عنده.

١٠٣٢٣- وفيه أيضًا: رجل قال: لفلان عندي ألف درهم وديعة [ثم قال بعد ذلك: قد ضاعت قبل إقراري، فهو ضامن. ولو قال: كانت له عندي ألف درهم وديعة][1]، وقد ضاعت، ووصل الكلام صدقته استحسانًا، وصار تقدير هذه المسألة كانت له عندي ألف درهم، وضاعت.

١٠٣٢٤- إذا قال المودع: ذهبت الوديعة، ولا أدري كيف ذهبت؟ كان القول قوله مع اليمين، ولا ضمان عليه؛ لأنه أمين أخبر بما هو محتمل، فكذا إذا قال: ذهبت، ولا أدري كيف ذهبت؛ لأنه عسى أن يذهب على وجه لا يعلم كيفيته، بأن يذهب وهو نائم، أو غائب.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرح كتاب الوديعة": واختلف المتأخرون فيما إذا قال ابتداء: لا أدري كيف ذهبت؟ فمنهم من قال: هو ضامن؛ لأنه جهلها بما قال، بخلاف ما إذا قال: ذهبت، ولا أدري كيف ذهبت؛ لأن بقوله: ذهبت يخبر هلاكها، وهذا القدر يكفيه، فلا يضره بعد ذلك: ولا أدري كيف ذهبت.

ومنهم من قال: لا يضمن، وهو الأصح؛ لأن أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة، وإنما التجهيل في كيفية الذهاب، والإخبار بأصل الذهاب يكفي في البراءة عن الضمان.

١٠٣٢٥- في "النوازل": إذا قال المودع: ذهبت الوديعة من منزلي، ولم يذهب شيء من مالي، قبل قوله مع اليمين؛ لأنه أمين، أخبر عما يتصور، فيصدق مع اليمين.

١٠٣٢٦- إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعد ما جحد المودع، وأقام المودع بينة على الضياع، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يجحد المودع الإيداع، بأن يقول

(١) أثبتت هذه العبارة من نسخة "ظ".

للمودع: لم تودعنى، وفى هذا الوجه المودع ضامنًا، وبينته على الضياع مردودة، سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود، أو بعد الجحود، أما إذا شهدوا بالهلاك بعد الجحود؛ لأن بالجحود صار المودع ضامنًا، وهلاك المضمون فى يد الضامن يقرر الضمان، إلا أن يسقطه، وأما إذا شهدوا على الهلاك قبل الجحود؛ فلأن البينة إنما تقبل بعد دعوى صحيحة، ودعوى الهلاك من المودع بعد ما أنكر أصل الإيداع لا يصح، لمكان التناقض.

الوجه الثانى: أن لا يجحد الإيداع، وإنما يجحد الوديعة، بأن قال: ليس لك عندى وديعة، ثم أقام البينة على الضياع، فإن أقام بينة على الضياع بعد الجحود، فهو ضامن؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك المضمون، وإن أقام بينة على الضياع قبل الجحود، فلا ضمان؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك الأمانة. وإن أقام بينة على الضياع مطلقًا، ولم يتعرضوا لا لما قبل الجحود ولا لما بعد الجحود فهو ضامن؛ لأنه يحمل الهلاك بعد الجحود، وعلى هذا التقدير لا يسقط الضمان، فلا يسقط الضمان بالشك.

١٠٣٢٧- وفى "القدورى": إذا قال المودع للقاضى: حلف المودع ما هلكت قبل الجحود، حلفه القاضى؛ لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر، يستحلف رجاء النكول الذى هو إقرار، ويحلفه على العلم؛ لأن هذا تحليف على أمر وقع فى يد الغير.

إذا قال المودع: قد أعطيتكها، ثم قال بعد أيام: لم أعطيتكها، ولكنها ضاعت، فهو ضامن، ولا يصدق فيما قال، أما لأنه لما قال: أعطيتكها، فقد أقر أنه ليس عنده وديعة، فإذا قال بعد ذلك: هلكت عندى، فقد أقر أنه كان عنده وديعة حين قال: ليست عندى، فيثبت جحوده بالكلام الثانى، وأنه سبب ضمان، أو لأنه تكلم بكلامين، لا يمكن الجمع بينهما، فينتقض كل واحد منهما بصاحبه، فبقى ساكتا ممتنعا من الرد بعد الطلب، وإنه سبب الضمان، وعلى هذا إذا ادعى الهلاك أولا، ثم قال: أوهمت قد رددتها عليك، لا يصدق، وهو ضامن لما ذكرنا من المعنى الثانى.

١٠٣٢٨- وفى "المنتقى": رجل أودع عند رجل وديعة، فقال المودع: ضاعت منذ عشرة أيام، وأقام صاحب الوديعة بينة أنها كانت فى يده منذ يومين، فقال المودع: وجدتها فضاعت منه، قبل ذلك.

١٠٣٢٩- رجل قال لغيره: قد كنت أودعتنى ألف درهم، فضاعت، وقال ذلك الغير كذبت، ما استودعتك، إنما غصبتها، أو قال: أخذتها بغير أمرى، فلا ضمان عليه، فالقول قول صاحب المال، ومدعى الوديعة ضامن.

والفرق أن فى المسألة الثانية أقر بسبب الضمان، وهو الأخذ، ثم ادعى مايبرئه، فلايصدق فى دعواه[1]، كما لوقال لغيره: أكلت مالك بإذنك وقال صاحب المال: لا، بل أكلت بغير إذنى. أما فى المسألة الأولى، فما أقر بالأخذ؛ لأن الإيداع بدون الأخذ متصور بأن يضع المال بين يديه، ويقول: احفظ.

١٠٣٣٠- ولو قال صاحب المال: أقرضتكها، وقال ذلك الرجل: لا، بل أخذتها وديعة، فالقول قول مدعى الوديعة؛ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن المالك، والأخذ بإذن المالك لا يكون سبب ضمان إلا باعتبار عقد ضمان، فالمالك يدعى عقد الضمان، ومدعى الوديعة ينكر ذلك، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك ما اتفقا أن الأخذ كان بإذن المالك.

١٠٣٣١- رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وله على المودع ألف درهم دين، فدفع المودع إليه ألف درهم، ثم اختلفا بعد ذلك بأيام، فقال رب المال: أخذت الوديعة، والدين عليك على حاله، وقال المودع: بل أعطيتك القرض، وقد ضاعت الوديعة، فالقول قول المودع، لأنه لا عبرة لاختلافهما فى الألف المردودة، لأنها وصلت إلى المالك أى شىء كانت، وإنما اختلافهما فى الألف الهالكة، فالمالك يدعى فيها الأخذ قرضا، والمدعى عليه يدعى الأخذ وديعة، وفى هذا القول قول مدعى الوديعة، لما مر.

١٠٣٣٢- رجل أودع رجلا وديعة، فغاب رب الوديعة، ثم قدم، وطلب الوديعة، فقال المودع: أمرتنى أن أنفقها على أهلك وولدك، وقد أنفقتها عليهم، ورب الوديعة يقول: لم آمرك بذلك، فالقول قول رب الوديعة، والمودع ضامن؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وادعى ما يبرئه، فلا يصدق فى دعواه إلا بحجة.

وهذه المسألة دليل على أن من كان له عند آخر ألف درهم وديعة، وعلى رب الوديعة دين ألف درهم، فدفع المودع الألف إلى صاحب الدين بغير أمر صاحب الوديعة أنه يضمن، وإن كان الدين ظاهراً، والوديعة من جنس الدين. وهذا فصل اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، كان الحاكم الإمام أبو إسحاق الترمذى يقول: لا يضمن، وغيره من المشايخ كانوا يقولون بالضمان، وهذه المسألة دليل على الضمان؛ لأن نفقة الأهل تصير دينًا بقضاء القاضى، وقد أوجب محمد رحمه الله تعالى الضمان على المودع بلا تفصيل.

١٠٣٣٣- إذا مات صاحب الوديعة ، فالورثة خصماء للمودع فى دعوى الوديعة،

---

(١) وفى "م": فلا ضمان فى دعواه.

ويجبر المودع على دفعها إلى الورثة. فرق بين هذا، وبين العبد إذا أودع، وغاب لايكون للمولى أن يأخذ حتى يحضر العبد إلا إذا علم أن الوديعة من أملاك المولى، أو من اكتساب العبد.

١٠٣٣٤- وإذا قال رب الوديعة: أودعتك عبداً وأمة، وقال المودع: ما أودعتك إلا أمة، وقد هلكت، فأقام رب الوديعة بينة على ما ادعى، ضمن المستودع قيمة العبد.

قال شيخ الإسلام: إنما يقبل القاضى شهادتهم، ويقضى بقيمة العبد إذا وصفوا العبد، ونعتوا للقاضى، والقاضى يفرق مقدار قيمة مثل ذلك العبد، وإن لم يعرف سئل المدعى حتى يقيم بينة على مقدار قيمة العبد.

وأما إذا لم يصفوا العبد، وإنما شهدوا أنه أودعه عبداً، فالقاضى لا يقبل شهادتهم؛ لأنهم شهدوا بمجهول لا يمكن القضاء به.

١٠٣٣٥- وعلى قياس ما ذكرنا فى كتاب الغصب: أن المدعى إذا أقام بينة أنه غصب منه جارية تقبل هذه البينة، ويثبت الغصب بها فى حق الحبس لا فى حق القضاء بالجارية ينبغى أن تقبل هذه البينة، ويثبت الغصب فى حق الحبس، لا فى حق القضاء بالعبد.

قال صدر الشهيد: ويجوز أن لا تقبل البينة ههنا أصلا، وسيظهر الفرق بين المسألتين بالتأمل -والله أعلم-.

الفصل العاشر
فى المتفرقات

١٠٣٣٦- إذا هلكت الوديعة فى يد المودع، يستوى فيه الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، وبأمر لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه بمعنى العبث فى الحفظ، وصفة السلامة عن العبث إنما تصير مستحقة فى المعاوضات دون التبرع، والمودع متبرع.

١٠٣٣٧- إذا كانت الوديعة دراهم، فاختلطت بدراهم المودع على وجه يعتبر التمييز، لايصير المخلوط مشتركًا بينهما، وإن اختلطت على وجه تعذر التمييز، أو كان الخلط على وجه يتعسر التمييز بأن خلط حنطة الوديعة بشعير المودع، صار الخالط ضامنًا. وحكم المخلوط مر فى كتاب الغصب، فإن لم يظفر بالخالط، فقال أحدهما: آخذ المخلوط وأغرم لصاحبى مثل ما كان له، فرضى به صاحبه، جاز؛ لأن صاحبه لما رضى به صار بائعًا نصيبه منه، وهو قادر على تسليمه، فيجوز، بخلاف ما لو باع من غيره.

وإن اتفقا على البيع يباع المخلوط، ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير إلا أن صاحب الحنطة يضرب بحنطة مخلوطة بالشعير، وصاحب الشعير يضرب بشعير غير مخلوط بالحنطة. وإن لم يتفقا على شيء، فالخيار لصاحب الكثير، وإن كان الشعير أكثر فالخيارلصاحب الشعير، يأخذ المخلوط، ويضمن لصاحب الحنطة قيمة حنطة مخلوطة بالشعير، وإن كانت الحنطة أكثر، فالخيار لصاحب الحنطة.

١٠٣٣٨- فى "المنتقى": عن أبى يوسف برواية ابن سماعة فى رجل عنده ألف درهم وديعة لرجل، فأقرضه إياها، أو قال: هى قضاء بما لك علىّ، بأن كان للمودع على صاحب الألف ألف درهم، فلم يرجع إلى منزله ليقبضها حتى ضاعت، فهى من مال المودع ما لم يقبضها.

أصل هذه المسألة أن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الضمان والقبض بجهة القرض، وجهة الاقتضاء قبض ضمان.

١٠٣٣٩- استهلك الوديعة إنسان، كان المودع أن يخاصم المستهلك فى القيمة، ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الوكالة فى باب الوكالة بقبض الوديعة والعارية.

١٠٣٤٠- رجل أودع رجلا صك ضيعة، والصك ليس للمودع، ثم جاء من كان الصك باسمه، وادعى تلك الضيعة، والشهود الذين بدلوا خطوطهم أبوا الشهادة حتى يروا خطوطهم فى الصك، فالقاضى يأمر المودع حتى يرى الصك من الشهود ليروا خطوطهم، ولايدفع الصك إلى المودع، هكذا حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله، وعليه الفتوى.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى أول شرح الشفعة: رجل أجلس عبده فى حانوته، وفى الحانوت ودائع، فسرقت الودائع، ثم وجد المولى بعضها فى يد عبده، وقد أتلف البعض، فباع المولى العبد، إذا كان للمودع بينة على ذلك، فهو بالخيار، إن شاء أجاز البيع، وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع، وباعه فى دينه؛ لأنه ظهر أن المولى باع المديون. وإن لم يكن له بينة، فله أن يحلف مولاه على عمله، فإن حلف لم يثبت، وإن أنكر، فهذا على وجهين: إن أقر المشترى بذلك، فهذا ومالو ثبت بالبينة سواء، وإن أنكر ليس له أن يقبض المبيع، بل يأخذ الثمن من المولى؛ لأن الدين ظهر فى حق المولى، أما ما ظهر فى حق المشترى.

١٠٣٤١- فى "فتاوى أبى الليث": رجل استودع رجلا ألف درهم، ثم غاب رب الوديعة، ولا يدرى أحى هو أم ميت؟ فعليه أن يمسكها حتى يعلم موته، ولايتصدق بها بخلاف اللقطة.

١٠٣٤٢- إذا كانت الوديعة إبلا، أو بقرًا، أو غنمًا، وصاحبها غائب، فأنفق عليها المودع بغير أمر القاضى [فهو متطوع؛ لأنه أنفق على دابة الغير بغير أمره، أو بغير أمر من يلى عليه، وإن رفع الأمر إلى القاضى][1]، سأله القاضى البينة على كون العين وديعة عنده، وعلى كون المالك[2] غائبًا، فإذا أقام بينة على ذلك، إن كانت الوديعة شيئًا يمكن أن يؤاجر وينفق عليه من غلتها، أمره القاضى بذلك، وإن كانت الوديعة شياء لا يمكن أن يؤاجر، فالقاضى يأمره بأن ينفق عليه من ماله يومًا، أو يومين، أو ثلاثة أيام، إن يحضر المالك، ولا يأمره بإنفاق زيادة على ذلك، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، والحاصل: أن القاضى يفعل بالوديعة ما هو أصلح وأنظر فى حق صاحبها.

١٠٣٤٣- وإن كان القاضى أمره بالبيع فى أول المرحلة، كان جائزًا، وما أنفق المودع على الوديعة بأمر القاضى، فهو دين على صاحبها، رجع به عليه إذا حضر، غير أن فى الدابة يرجع بقدر قيمة الدابة، وفى العبد يرجع بالزيادة على ثمنه؛ لأن الإنفاق على العبد كان لحق

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ف": وعلى كون رب المال.

العبد، ولحق المولى حفظًا للمالية عليه، فلئن كان لا يرجع بالزيادة على القيمة [لحق المولى؛ لأنه حفظ فى حق الزيادة، يرجع باعتبار حق العبد؛ لأن الأمر باعتبار حق العبد قد صح، ولهذا يجبر المولى على الإنفاق على العبد لحقه.

فأما فى الدابة: فالأمر بالإنفاق صح، حفظًا للمالية على المولى، لا لحق الدابة، ألا ترى أن المولى لا يجبر على الإنفاق على الدابة، وفى الزيادة على القيمة][1] لا حفظ، فلهذا لا يرجع بالزيادة.

وإن لم يرفع الوديعة إلى القاضى حتى اجتمع من ألبانها شيء كثير له ثمن، وهو يخاف فساده، أوكانت الوديعة أرضًا، فأخرجت ثمرة، فخاف فسادها، فباع ذلك بغير أمر القاضى، فإن كان فى المصر، أو فى موضع يتوصل إلى القاضى قبل أن يفسد ذلك الشيء، فهو ضامن.

وإن كان فى موضع لا يتوصل إلى القاضى قبل أن يفسد ذلك الشيء، فهو غير ضامن؛ لأن بيعه فى الوجه الأول ليس بحفظ، بخلاف الوجه الثانى، ألا ترى أنه لو باع فى المفازة ما يتسارع إليه الفساد من مال الغير، يجوز بيعه، ولا ضمان، وإن لم يكن مأمورًا بالحفظ من جهته، فلأن يجوز بيعه ههنا، وقد أمر بحفظه، أولى.

١٠٣٤٤- فى "العيون": رجل استقرض من رجل خمسين درهمًا، فأعطاه غلطًا ستين، فأخذ العشرة ليردها، فهلكت فى الطريق، يضمن خمسة أسداس العشرة؛ لأن ذلك القدر قرض، والباقى وديعة الثانى.

١٠٣٤٥- وفيه أيضًا: رجل استقرض من رجل عشرين درهمًا، فأعطاه مائة، وقال: خذ منها عشرين قرضًا، والباقى عندك وديعة، ففعل، يعنى أخذ العشرين منها، وصرفها إلى حاجته، ثم أعاد العشرين فى المائة، ثم دفع إليه رب المال أربعين درهمًا، وقال له: اخلطها بتلك الدراهم، ففعل، ثم ضاعت الدراهم كلها، لايضمن الأربعين، ويضمن بقيتها.

أما البقية فلأن العشرين قرض، والقرض مضمون، وما جاء به من العشرين ملك المستقرض، وقد خلطها بالوديعة، فصار مستهلكًا للوديعة، فأما الأربعون فقد خلطها بإذن صاحب المال.

فى غصب "فتاوى أبى الليث": دفع إلى آخر عشرة دراهم، وقال: خمسة منها هبة لك، وخمسة وديعة عندك، فاستهلك القابض منها خمسة، وهلكت الخمسة الباقية يضمن سبعة ونصف؛ لأن الهبة فاسدة؛ لأنها هبة المشاع، فالمقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمونة،

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "م"، وبعضها فى "ظ" و"ف".

فالخمسة التى هلكت نصفها أمانة، ونصفها مضمونة، فيجب ضمان نصفها، وذلك درهمان ونصف، والخمسة التى استهلكها كلها صارت مضمونة بالاستهلاك، فيضمن سبعة دراهم ونصفا لهذا.

ولو قال: ثلاثة دراهم من هذه العشرة لك، والسبعة الباقية سلمها إلى فلان، فهلكت الدراهم فى الطريق، يضمن الثلاثة؛ لأنها كانت هبة فاسدة. ولو كان ذلك وصية من الميت، لم يضمن شيئًا؛ لأن وصية المشاع جائزة، ولا يضمن السبعة فى المسألتين جميعًا.

١٠٣٤٦- فى "المنتقى": إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل له على رجل مائة درهم، فدفع المطلوب إلى الطالب مائتى درهم، وقال: هذا مالك، فخذها، فأخذها، فضاعت، والآخذ لا يعلم كم هى؟ قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا شىء عليه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: عليه مائة درهم، فالكلام لأبى حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر، أما الكلام لهما، أن إحدى المائتين مقبوضة بجهة اقتضاء الدين، والمقبوض بجهة الشىء ملحق بحقيقة ذلك الشىء، عرف ذلك فى موضعه، والمقبوض بحقيقة الاقتضاء مضمون لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها، فكذا المقبوض بجهة اقتضاء الدين.

١٠٣٤٧- وذكر بعد هذه المسألة مسائل: هشام عن محمد رحمه الله تعالى: رجل له على رجل ألف درهم دين، أعطاه ألفين، وقال: ألف منها قضاء من حقك، وألف تكون وديعة، فقبضها، وضاعت، وقال: هو قابض حقه، ولا يضمن شيئًا؛ لأن فى هذه الصورة القبض بجهة الاقتضاء حصل بقدر الألف لا غير.

١٠٣٤٨- وفيه أيضًا: رجل له على رجل ألف درهم، فقال: ابعث بها مع فلان، فضاعت من يد الرسول، ضاعت من مال المديون، وهذا بناء على أن يد الرسول يد مديون[1]؛ لأن اختيار الرسول إليه؛ لأنه يبعث مال نفسه، ويقول رب الدين: ابعث بها على يدى فلان، لا يلزمه البعث على يده، فهو معنى قولنا: إن يد الرسول يد مديون، فلهذا كان الهلاك على المديون.

(١) وفى نسخة بغداد: لأن يد الرسول يد مضمون.

١٠٣٤٩- في "فتاوى النسفي"[١] : أمة اشترت شيئًا من مال اكتسبته في بيت المولى، وأودعته عند رجل، فهلكت في يده، فللمولى أن يضمن المودع؛ لأنه مال المولى أودعته بغير إذن المولى، فكان المودع مودع الغاصب، فيضمن -والله أعلم- .

(١) وفي نسخة بغداد: وفي فتاوى أبي الليث .

كتاب العارية

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:

الفصل الأول
فى بيان شرائط جواز العارية، وبيان نوعها، وصفتها

١٠٣٥٠ - وأما بيان شرائطها : فنقول : شرط جواز الإعارة كون العين قابلا للانتفاع به مع بقاء العين ، وكونه قابلا لتمليك منافعه بعوض بعقد الإجارة ، حتى كان إعارة الدراهم والدنانير والفلوس قرضًا ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء مع بقاء العين ، فتعذر العمل بحقيقة الإعارة فى هذه الأشياء ؛ لأن الإعارة شرعت لتمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه ، فيجعل كناية عن عقد آخر ، وأمكن جعله كناية عن القرض ؛ لأن العارية متى تحققت ، كان من حكمها رد العين ، والقرض يوجب أداء المثل قائمًا مقام العين .

وهذا إذا حصل إعارة الدراهم والدنانير مطلقة ، أما إذا عين فى الإعارة انتفاعًا يتأتى مع بقاء العين ، لا يكون قرضًا ، بل يكون عارية ، وذلك نحو أن يعير من صيرفى دراهم ليتجمل بها فى حانوته أو ليعير بها سنجاته ، ذكر هذه الزيادة شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح كتاب العارية" .

ويجب أن يكون الحكم فى إعارة جميع ما يكال أو يوزن ، هكذا قال الفقيه أبو بكر فيمن قال لآخر : أعرتك هذه القصعة من الثريد ، فأخذها ، وأكلها ، فعليه مثلها أو قيمتها ، بناء على ما قلنا : إن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض ، قال الفقيه أبو الليث : الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة ، أودلالة الإباحة ونحوها .

١٠٣٥١ - وفى "العيون" : إذا استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه ، أو خشبة يدخلها فى بناءه ، أو آجره ، فهو ضامن ؛ لأن هذا ليس بعارية ، بل هو قرض ، هذا إذا لم يقل : لا أردها عليك ، أما إذا قال : لأرُدها عليك ، فهو عارية .

١٠٣٥٢ - وتصح الإعارة من غير بيان الوقت ، والمكان ، وما يحمل على الدابة؛ لأن جهالة هذه الأشياء فى الإعارة لا يفضى إلى منازعة مانعة من التسليم ؛ لأنها لاتوجب التسليم ، وعند ذلك للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب ، كما ينتفع بدابة نفسه فى قليل المدة ، وكثيرها .

١٠٣٥٣ - وأما بيان نوعها : فهو نوعان : مطلقة ، وموقتة ، نحو أن يقول فى الإعارة : شهرًا ، أو يقول : إلى مكان كذا ، أو يقول : ليحمل عليها كذا ، ففيما كانت مطلقة يجب

إجراءها على إطلاقها ، وفيما إذا كانت مقيدة ، يجب رعاية القيد فيه كما فى نصوص الشرع ، فإنها فيما أطلقت مجراه على إطلاقها ، وفيما قيدت تجب رعاية القيد فيه .

١٠٣٥٤ - وأما بيان صفتها : فنقول : صفتها أنها غير لازمة ، وللمعير أن يرجع فيها متى شاء ؛ لأن الإعارة تبرع بالمنفعة ، فلا تكون لازمة قبل قبضها ، كالتبرع بالعين ، وما لم يستوف من المنفعة فى المستقبل لم يتصل بها القبض ، ومن صفتها أنها ترتفع بمجرد النهى ، وتبطل بموت أحدهما ، أيهما مات .

الفصل الثانى
فى بيان الألفاظ التى تنعقد بها العارية

١٠٣٥٥- العارية تنعقد بلفظ التمليك ، حتى إن من قال لغيره : ملكتك منفعة دارى هذه شهرًا، أو قال : جعلت لك سكنى دارى هذه شهرًا، كان عارية، وكذلك إذا قال : دارى لك سكنى ، كانت عارية ؛ لأن قوله : لك ، يحتمل تمليك العين ، وتمليك المنفعة ، وقوله : سكنى ، يكون تفسيرًا لذلك المحتمل ، وكذلك إذا قال : عمرى سكنى ، كانت عارية لما قلنا .

١٠٣٥٦- وإذا استعار من آخر أرضًا على أن يبنى فيها ، ويسكنها ما بدا له ، فإذا خرج فالبناء لرب الأرض ، فهذا لا يكون عارية ، بل يكون إجارة فاسدة ، وهذا لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عرض ، ولما شرط البناء لرب الأرض فقد شرط العوض ، وهذا هو معنى الإجارة ، والعبرة للمعانى دون الألفاظ ، ألا ترى أن من قال لغيره : وهبتك هذه الدار بألف درهم كان بيعًا ، واعتبر المعنى دون اللفظ .

الفصل الثالث
في التصرفات التي يملكها المستعير في المستعار، والتي لا يملك

١٠٣٥٧- ليس للمستعير أن يؤاجر المستعار من غيره، وإذا آجره، صار ضامنًا، وكان الأجر له، ويتصدق به في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

وله أن يعير من غيره، سواء كان شيئًا يتفاوت الناس في الانتفاع به أو لايتفاوت إذا كانت العارية مطلقة، ولم يشترط على المستعير أن ينتفع بنفسه. فأما إذا شرط على المستعير أن ينتفع به، فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به.

بيان هذا: إذا استعار من آخر ثوبًا ليلبسه المستعير بنفسه، أو دابة ليركبها المستعير بنفسه، فليس له أن يلبس غيره، وأن يركب غيره، لأنه شرط لبسه وركوبه، وهذا شرط مقيد في حق المالك؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس والركوب.

ولو استعار دارًا ليسكنها المستعير بنفسه، فله أن يسكنها غيره، وإن شرط سكنى المستعير؛ لأن هذا شرط غير مفيد؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى.

ولو استعار ثوبًا للبس، ولم يسم اللابس، أو استعار دابة للركوب، ولم يسمّ الراكب، فليس له أن يلبس غيره ويركب غيره؛ عملا بإطلاق العقد، فإن ألبس غيره في هذه الصورة، أو أركب غيره، ثم ركب بنفسه، أو لبس بنفسه بعد ذلك، ظاهر ما ذكر شمس الأئمة السرخسي، وشيخ الإسلام خواهر زاده: أنه لا يضمن، ونص فخر الإسلام على البزدوي في "شرح الجامع الصغير": أنه يضمن.

١٠٣٥٨- وهل له أن يودع؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضه: ليس له أن يودع، وإليه أشار في "كتاب الوديعة"، فإنه قال ثمه: إذا رد المستعير الدابة على يد أجنبي، فضاعت، ضمن، ولو ملك الإيداع لما ضمن.

وقال بعضهم: له أن يودع، وهو اختيار مشايخ العراق، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في آخر عارية الأصل. وما ذكر في "كتاب الوديعة" مؤول، وتأويله أن الإعارة قد انقطعت، فبقي المستعير مودعًا، والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق.

ذكر شيخ الإسلام في "شرح كتاب الديات" في باب قبل باب الناخس: للمستعير أن

يربط الدابة فى الدار المستعار؛ لأن ذلك من جملة السكنى، فيملكه المستعير كالمستأجر.

١٠٣٥٩- ذكر صدر الشهيد فى الباب الأول من "واقعاته": أن من أعار رجلا شيئًا، وقال له أن لا تدفع إلى غيرك، فدفع، فهلك عنده، فهو ضامن؛ لأنه دفع بغير إذنه. هكذا قال أبو جعفر. قال الصدر الشهيد: مراده من هذه المسألة ما لا يختلف الناس فى الانتفاع به، أما المال الذى يختلف الناس فى الانتفاع به، يضمن بالدفع إلى غيره، وإن لم يقل له المالك: لا تدفع إلى غيرك. وما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله تعالى مستقيم فيما إذا كانت الإعارة مقيدة شرط على المستعير أن ينتفع بنفسه، أما إذا كانت الإعارة مطلقة، لا يضمن المستعير بالدفع إلى غيره، إذا لم يقل له المالك: لا تدفع إلى غيرك، وإن كان ما لا يختلف الناس فى الانتفاع به، وقد ذكرنا ذلك فى أول هذا الفصل -والله أعلم-.

الفصل الرابع
فى اختلاف المستعير

١٠٣٦٠- استعار من آخر دابة ليحمل عليها شيئًا، فحمل عليها غير ذلك، فهذه المسألة على أربعة أوجه: الأول: أن يحمل عليها غير ما سماه المالك، إلا أنه مثل ما سماه المالك فى الضرر على الدابة من جنسه، بأن استعاره ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه، فحمل عليها حنطة غيره، وفى هذا الوجه لا ضمان عليه؛ لأن هذا التقييد لم يعتبر؛ إذ لا فائدة فيه.

الثانى: إذا خالف فى الجنس، بأن استعار ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة، فحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فهلكت، لا ضمان عليه استحسانًا؛ لأن هذا أقل ضرر بالدابة، فأما إذا حمل عليها أكثر من عشرة مخاتيم من الشعير، إلا أنه فى الوزن مثل الحنطة، ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: أنه يضمن مطلقًا، وذكر شيخ الإسلام الزاهد: أنه لا يضمن استحسانًا، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة فى حق الدابة عند استواءهما وزنًا؛ لأنه لا يأخذ من موضع الحمل من الدابة أكثر مما يأخذه الحنطة، فصار تلك داخلا فى الإذن.

الثالث: إذا خالف إلى ما هو أضر بالدابة، بأن استعار ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها آجرًا، أو حديدًا، أو لبنا، مثل وزن الحنطة، فهو ضامن؛ لأن هذا يأخذ من ظهر الدابة أقل، فكان أدق على الدابة، فيكون أضر بالدابة، وكذلك إذا حمل عليها فى هذه الصورة قطنًا، أو تبنًا، أو حطبًا، أو تمرًا؛ لأن هذا يأخذ ما وراء موضع الحمل، وذلك أضعف، فيكون أضر بالدابة.

الرابع: أن يخالف فى القدر، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها خمسة عشر مختومًا، فهلكت الدابة، وفى هذا الوجه يضمن ثلث قيمتها. وهذا بخلاف ما لو استعار بعيرًا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن إحدى عشر، حيث يضمن جميع قيمة الدابة، وموضع الفرق أول كتاب العارية فى شرح شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى، وهذا إذا كانت الدابة تطيق خمس عشر مختومًا، وإن كانت لا تطيق يصير متلفًا لها، فيضمن جميع قيمة الدابة.

أخذ المستعير إلى مكان آخر، ضمن، وإن كان فى المسافة مثل الطريق المشروطة؛ لأن الطريق متفاوتة فى السهولة والصعوبة، والخشونة واللين، فصار خلافًا إلى شر.

١٠٣٦١- استعار دابة ليركبها هو، فحمل عليها مع نفسه رجلا، وهلكت الدابة، ضمن النصف، ولا يعتبر الثقل والخفة، كما لا يعتبر فى حق الإحمال، قالوا: وهذا إذا كانت الدابة تطيق حمل رجلين، فأما إذا كانت الدابة لا تطيق حمل رجلين، ضمن الكل.

١٠٣٦٢- إذا استعار من آخر دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فأخذ بها فى طريق آخر، فعطبت، هل يضمن؟ فهذا على وجهين: إن ذهب بها إلى ذلك المكان فى طريق لا يسلكه الناس، فهو ضامن، وإن كان طريقًا مسلوكًا، لا يضمن، وذلك لأنه لما استعارها إلى الذهاب إلى المكان المسمى، ولا يمكنه الذهاب إليه إلا بطريق لا بد من إدخال الطريق تحت الإذن، فأدخلنا تحت الإذن الطريق المسلوك باعتبار العرف والعادة، لا غير المسلوك، وإذا دخل تحته المسلوك صار كأنه نص على ذلك، فقال: اذهب إلى مكان كذا فى طريق يسلكه الناس، ولو نص على هذا إذا ذهب بها فى طريق لا يسلكه الناس، يصير ضامنًا، وإذا ذهب فى طريق يسلكه الناس، لا يضمن، فكذا هذا.

وفى "فتاوى شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله تعالى": إذا سلك طريقًا ليس هو طريق الجادة، وهو الذى يقال له بالفارسية: توسه[1] يضمن.

١٠٣٦٣- إن استعارها ليركبها فى حاجة مسماة إلى ناحية من نواحى الكوفة، وأخرجها إلى الفراة ليسقيها، والناحية التى استعارها إليها من غير ذلك المكان، فهلكت، فهو ضامن لها؛ لأنه أخرجها إلى ناحية لم يؤذن له فى الإخراج إليها أصلا من غير ضرورة؛ لأنه يمكنه سقيها بالإخراج فى الناحية التى أذن له بالسلوك فيها، فيصير متعديًا ضامنًا.

١٠٣٦٤- استعار من آخر ثورًا ليركب أرضه، وعين الأرض، فكرب أرضًا غير تلك الأرض، وعطب الثور، فهو ضامن؛ لأنه خالف شرطًا مفيدًا؛ لأن الأراضى يتفاوت كرابها من حيث الصعوبة والسهولة تفاوتًا فاحشًا.

١٠٣٦٥- وإذا استعار دابة إلى مكان مسمى، فجاوز المستعير ذلك المكان، ثم عاد إليه، فهو ضامن بها، حتى يردها على المالك. قيل: هذا إذا استعارها إلى ذلك المكان ذاهبًا، لا جائيًا، وأما إذا استعارها ذاهبًا وجائيًا، فإذا عاد إلى ذلك المكان المسمى، يبرأ عن الضمان، وهذا لأنه إذا استعار دابة ذاهبًا لا جائيًا، فإذا بلغ ذلك المكان، انتهى العقد، فإذا

---

(١) شجيرة من غابات إيران، وههنا كناية عن طريق غير معبدة (فرهنگ عميد: حرف ت)

جاوزه، دخل العين في ضمانه، فإذا عاد إليه، فقد عاد إلى الوفاق، والعقد ليس بباقى، فلا يبرأ عن الضمان، ألا ترى أن المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، والعقد منتهى، بأن كان موقتًا، لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك؟ فكذا ههنا.

١٠٣٦٦ - وأما إذا استعار ذاهبًا وجائيًا، فإذا عاد إلى ذلك المكان، فقد عاد إلى الوفاق، والعقد باقٍ، فيبرأ عن الضمان، كالمودع إذا عاد إلى الوفاق والعقد باقٍ.

فهذا القائل يستوى بين المودع وبين المستعير، وبين المستأجر إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، ويقول ببراءة الكل عن الضمان.

من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال في مسألة العارية: لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها إلى المالك، سواء استعارها ذاهبًا أو جائيًا، أو ذاهبًا لا جائيًا. وهذا القائل يقول: بأن المستعير والمستأجر إذا خالفا، ثم عادا إلى الوفاق، لا يبرأ عن الضمان، بخلاف المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، والقول الأول أشبه، والتفصيل الذى ذكرنا فى مسألة العارية مذكور في الشروط والنوادر، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في عارية "الأصل"، وبه أخذ شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى" -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الخامس
فى تضييع العارية، وما يضمن المستعير، وما لا يضمن

١٠٣٦٧- إذا كان على الدابة بإجازة، أو عارية، فنزل عنها فى السكة، ودخل المسجد، ليصلى، فخلى عنها، فهلكت، قال: هو ضامن لها. وكذلك إذادخل الحمل فى بيته وخلى عنها فى السكة، فهلكت، فهو ضامن لها.

من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا إذا لم يربطها بشىء، أما إذا ربطها لا يضمن؛ لأنه متعارف، ومنهم من قال: يضمن على كل حال، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب يدل عليه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى فى شرح كتاب العارية؛ وهذا لأنه لما دخل المسجد أو البيت، وتركها خارج المسجد أو البيت، فقد ترك حفظها؛ لأنه غيبها عن عينه، لما دخل المسجد أو البيت. ألا ترى أنه لوسرق سارق فى هذه الحالة لا يقطع، قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب: ولو كان يصلى فى الصحراء، أو نزل عن الدابة، وأمكسها فانفلتت، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يترك حفظها، فهذه المسألة دليل على أن المعتبر أن لا يغيبها عن البصر.

١٠٣٦٨- وفى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: استعار دابة، أو استأجرها إلى المقابر، لتشييع جنازة، فركبها، ثم رجع، فدفعها إلى إنسان؛ ليصلى، فسرقت، فلا ضمان على المستعير، ولا على المستأجر، وصار الحفظ بنفسه فى هذا الوقت مستثنى عن العقد.

١٠٣٦٩- وفى "فتاوى الفضلى": عن محمد رحمه الله تعالى فيمن استعار دابة فحضرت الصلاة، فدفعها إلى غيره؛ ليمسكها، فضاعت، قال: إن كان شرط فى العارية ركوب نفسه ضمن، وإلا فلا يضمن؛ لأن فى الأول لا يملك الإعارة، وفى الثانى يملك، ومن ملك الإعارة يملك الإيداع.

١٠٣٧٠- وفيه أيضًا: رجل استعار ذهبًا، فقلّد صبيًا، فسرق، فهذا على وجهين: إما إن كان الصبى يضبط حفظ ما عليه، أو لا، ففى الوجه الأول لا يضمن؛ لأنه لم يضيع، وفى الوجه الثانى يضمن؛ لأنه ضيع.

١٠٣٧١- وفى "فتاوى أهل سمرقند": امرأة استعارت من امرأة سراويلا لتلبسه، وهى

تمشي، فزلقت رجلها، فخرقت السراويل لا ضمان عليها؛ لأنه لا صنع لها.

١٠٣٧٢- وفيه أيضًا: رجل استعار ثورًا من رجل، على أن يعيره ثورًا يومًا، ثم جاء ليستعير ثوره، وكان الرجل غائبًا، فاستعار من امرأته، فدفعته إليه، فذهب به إلى أرضه فضاع ضمن؛ لأنه قبض بغير إذن المالك.

١٠٣٧٣- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": رجل استعار من رجل بقرًا فاستعمله، ثم تركه في المرح، فضاع، فهذا على وجهين: إما إن علم أن المعير يرضى بكونه فيها، يرعى وحده كما هو عادة بعض أهل الرساتيق، أو لم يعلم ذلك منه، بأن كانت العادة مشتركة، ففي الوجه الأول لا يضمن، لأنه ترك في المرح بإذنه، وفي الوجه الثاني يضمن؛ لأنه ترك بغير إذنه.

١٠٣٧٤- وفيه أيضًا: رجل طلب من رجل ثورًا عارية، فقال له المعير: أعطيك هذا، فلما كان الغد، أخذ المستعير الثور بغير إذنه، واستعمله، ومات في يد المستعير ضمن؛ لأنه أخذ بغير إذنه. لو رده فمات عنده لا ضمان عليه؛ لأنه بالرد برىء عن ضمانه، وفي "مجموع النوازل": أنه لا ضمان على المستعير، وإن مات في يده قبل الرد على المالك.

١٠٣٧٥- دخل الحمام، واستعمل القصاع، فوقعت من يده، وانكسرت، فلا ضمان [وكذا إذا أخذ كوز القفاع ليشرب، فسقط وانكسر، فلا ضمان][1]؛ لأنه عارية في يده، ولم يوجد منه التعدي.

١٠٣٧٦- وفي "فتاوى أهل سمرقند": امرأة أعارت شيئًا بغير إذن الزوج، إن أعارت من متاع البيت مما يكون في أيديهن عادة، فلا ضمان؛ لأنها أعارت بإذن الزوج.

وفي "الأصل": إذا كانت العارية موقتة بوقت، فأمسكها بعد الوقت، فهو ضامن لها. ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا إذا انتفع به بعد مضي الوقت، فأما إذا لم ينتفع به، فلا ضمان. ومنهم من قال: يضمن على كل حال. وفرق هذا القائل بين العارية والوديعة، فإن الوديعة إذا كانت موقتة بوقت، وأمسكها المودع بعد مضي الوقت، وهلكت في يده، لا يضمن مالم ينتفع به، وكذلك المستأجر إذا أمسك المستأجر بعد مضي المدة، لا يضمن مالم ينتفع به.

والفرق أن الرد على المستعير، فكأنه قال له صاحب العارية: تردها على بعد مضي اليوم، فإذا لم يرد، صار مانعًا العارية بعد الطلب، فصار ضامنًا، بخلاف المودع والمستأجر.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ".

ويستوى فيها أن تكون العارية موقتة نصا، أو دلالة، حتى قيل : إن من استعار من آخر قدوما، ليكسر به حطبًا، فكسر الحطب، وأمسكه حتى هلك، ضمن.

١٠٣٧٧- إذا ربط المستعير الحمار على الشجر بالحبل الذى عليه، فوقع الحبل فى عنقه، ومات، لا يضمن المستعير، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله تعالى.

١٠٣٧٨- رجل استعار من رجل دابة، فنام المستعير فى المفازة، ومقودها فى يده، فجاء إنسان، وقطع المقود، وذهب بالدابة، لا ضمان عليه. ولو قد مد المقود من يده، وأخذ الدابة، وهو لم يشعر بذلك ضمن؛ لأن فى الوجه الأول غير مضيع، وفى الوجه الثانى مضيع. إذا نام بصفة أمكن نزع المقود من يده، هكذا ذكر فى "فتاوى أبى الليث". قال الصدر الشهيد فى "واقعاته": ويجب أن يكون تأويله إذا نام مضطجعًا، أما إذا نام جالسًا فلا؛ لأنه لو نام جالسًا، والمقود ليس فى يده، لايعد مضيعًا، فإنه نص محمد رحمه الله أن المودع إذا نام جالسًا، فسرقت الوديعة، لا ضمان عليه، والمودع والمستعير فى هذا الأمر سواء، نص على التسوية شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى كتاب السرقة قالوا: وإنما يجب الضمان فى النوم مضطجعًا إذا كان فى الحضر، أما إذا كان فى السفر فلا.

وعلى هذا إذا وضع بين يديه، ونام قاعدًا، لا ضمان عليه، وإن نام مضطجعًا، يضمن إذا كان فى الحضر.

وقد وقعت فى زماننا أن رجلا استعار مرّا ليسقى به أرضه، ففتح النهر، ووضع المر تحت رأسه، ونام مضطجعًا كما هو عادة أهل الرستاق، فسرق منه، فأفتوا أنه لا يضمن.

ولو وضع المستعار تحت رأسه أو تحت جنبه، ونام عليه مضطجعا، لا يجب الضمان.

١٠٣٧٩- فى "الأصل": جاء رجل إلى المستعير، وقال له: إنى استعرت من فلان هذا الذى هو عارية من جهته عندك، وأمرنى أن أقبضه منك، فصدقه المستعير، ودفعه إليه، فضاعت الوديعة فى يده، ثم جاء المالك، وأنكر أن يكون أمره بذلك، فالقول قول المالك، والمستعير ضامن؛ لأنه دفع مال المالك إلى غيره، وأنه سبب الضمان بقضية الأصل، إلا إذا كان بإذن المالك، ولم يثبت الإذن ههنا لما أنكر المالك ذلك.

فإن قيل: لماذا لا يجعل هذا إعارة من المستعير الأول، حتى لا يجب عليه الضمان؟

قلنا: إذا أعار المستعير من غيره إنما لا يضمن لأنه يقيم يده مقام يد نفسه، وههنا تسليمه إلى يد الثانى لم يكن بهذا الطريق، ألا ترى أن ثمه لو أراد المستعير استرداده من يد الثانى، فله

ذلك، وفى الفصل الثانى لو أراد المستعير استرداده من الثانى، ليس له ذلك؟

١٠٣٨٠- وإذا طلب المعير العارية، فمنعها المستعير عنه، فهو ضامن، وهذا ظاهر، وإن لم يمنعه منه، ولكن قال لصاحبه: دعه عندى إلى غد، ثم أرده عليك، فرضى بذلك، ثم ضاع، لا ضمان عليه؛ لأنه أعاره مرة أخرى، هكذا ذكر المسألة فى "الأصل".

وذكر فى "فتاوى أبى الليث" هذه المسألة صورة أخرى، فقال: إذا قال المستعير: نعم أدفع، وفرط فى الدفع حتى مضى شهر، ثم سرق من المستعير، وجعلها على وجهين: الأول: أن يكون المستعير عاجزًا عن الرد وقت الطلب، وفى هذا الوجه لا ضمان.

الوجه الثانى: أن يكون المستعير قادرًا على الرد وقت الطلب، وإنه على وجوه ثلاثة، إما إن نص المعير على السخط، أو لم ينص على السخط والرضا، وفى هذين الوجهين يجب الضمان. وأما إن نص على الرضا، وقال: لا بأس، وفى هذا الوجه لا ضمان، ويكون هذا منه ابتداء إعارة.

١٠٣٨١- وإذا أرسل الرجل رسولا إلى غيره، وهما ببخارى مثلا، ليستعير له دابة منه إلى جنون، فذهب الرسول بالدابة إلى [صاحب الدابة، وقال: إن فلانًا يقول: أعرتك دابتك إلى سمرقند، فدفعها إليه، فجاء الرسول بالدابة إلى][1] المستعير، ودفعها إليه، ثم بدا للمستعير أن يركبها إلى سمرقند [وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول، فركبها، وهلكت تحته، فلا ضمان؛ لأنه ركبها إلى سمرقند][2] بإذن المالك.

فإن قيل: المستعير لم يسمع إذن المالك بالركوب إلى سمرقند، والإذن بدون السماع لا يصح؟

قلنا: لا، بل سمع اعتبارًا حيث سمع رسوله، ولو ركبها إلى حنون، والباقى بحاله، فهو ضامن؛ لأنه ركبها بغير إذن المعير.

١٠٣٨٢- رجل استعار من رجل ثورًا يساوى خمسين درهمًا، فقرنه مع ثور يساوى مائة، فعطب ثور العارية، فهذا على وجهين: إن كان الناس يفعلون مثل ذلك عادة، يعنى يقرنون ثورًا يساوى مائة، فلا ضمان، لوجود الإذن به دلالة عرفًا، وإن كانوا لا يفعلون مثل ذلك، فهو ضامن فى "فتاوى أبى الليث".

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

(٢) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

١٠٣٨٣- وفيه أيضًا : رجلان يسكنان في بيت واحد [ولكل](1) واحد منهما زاوية، فاستعار أحدهما من صاحبه شيئًا، فطالبه المعير بالرد، فقال المستعير : وضعتها في الطاق الذي في زاويتك، وأنكر المعير، فإن كان البيت في أيديهما، لا ضمان عليه؛ لأنه إن لم يثبت الرد، لكن لم يصر المعير مضيعًا بالوضع بالطاق، فلا ضمان.

١٠٣٨٤- سئل أبو بكر عن معير الكتاب، طلب رد الكتاب عليه، فأنعم له، فذهب، ثم أخبره بالضياع، قال : إن كان المستعير يرجو وجوده، ولم ييأس عنه، لم يضمن، وإن كان آيسًا في وجوده، ووعد في رده، ثم أخبره أنه كان ضائعًا، فعليه الضمان، وهذا التفصيل خلاف ما ذكر محمد رحمه الله، فقد ذكر أنه إذا وعد له الرد، ثم أخبره بالضياع قبل ذلك، فلا ضمان.

١٠٣٨٥- وفيه أيضًا : بعث الرجل أجيره إلى رجل، ليستعير منه دابته، فأعارها، وعليها عمامة، فسقطت العمامة، إن سقطت العمامة بعنف الأجير، فهو ضامن، وإلا فلا ضمان.

١٠٣٨٦- وفيه أيضًا : استعار من آخر ثوبًا للأذين، ويقال بالفارسية : جواره، فضاع الستر من الأذين، فلا ضمان على المستعير إذا لم يترك حفظه.

١٠٣٨٧- وفيه أيضًا : سئل نصير عمن استعار حمارًا إلى الطاحونة، فأدخله في المربط الذي هناك، ووضع على الباب خشبًا كيلا يخرج الحمار، فسرقت، قال : إن استوثق وثيقة لا يقدر الحمار على الذهاب، فلا ضمان؛ لأنه غير مضيع.

١٠٣٨٨- وفي "الجامع الأصغر" : امرأة استعارت ملاة، فوضعتها داخل الدار، والباب مفتوح، فصعدت السطح، فلما نزلت، فلم تجد الملاة، قيل : لا ضمان عليها، وقيل : هي ضامنة.

١٠٣٨٩- العبد المحجور إذا استعار من آخر شيئًا، واستهلكه، فهذا على الخلاف المعروف فيما إذا كان مودعًا واستهلكه عبد محجور عليه، أعار عبدًا محجورًا عليه شيئًا، فاستهلكه المستعير، ثم استحق المستعار رجل، فله الخيار، يضمن أيهما شاء؛ لأن الأول غاصب، والثاني غاصب الغاصب، فإن ضمن الثاني، لا يرجع على الأول؛ لأنه ضمن بسبب القبض، وفي القبض هو عامل لنفسه، ألا ترى لو كان الثاني حرًا لا يرجع على أحد بشيء؟ وإن ضمن الأول، فلمولاه أن يرجع بما ضمن على الثاني، بخلاف الحر، وذلك لأن

---

(1) كان في جميع النسخ : كل واحد منهما زاوية. . . إلخ، والصحيح : لكل.

الحر بالضمان يملك المستعار ، فتبين أنه أعار ملك نفسه ، والعبد إذا ضمن ، فالملك يثبت لمولاه ، فيصير الأول معيراً ملك مولاه ، والعبد إذا أعار ملك مولاه ، وهلكت في يد المستعير ، كان للمولى أن يضمن المستعير .

١٠٣٩٠- في "مجموع النوازل" : رجل باع من رجل عصيراً ، أو أعاره حماره حتى يحمل عليه ، وقال له : خذ عذراه واسقِه ، ولا تخل عنه ، فقال : أفعل ، فلما سار ساعة خلى عنه عذراه ، وأسرع في المشيء ، فسقط ، فانكسر ، فعليه ضمان الحمار .

١٠٣٩١- في "مجموع النوازل" : إذا استقرض القروي ثوراً ، فأغار عليه الأتراك ، فلا ضمان على المستقرض، قال : لأن هذا عارية ، فإن من عادة أهل القرى أنهم يستقرضون الثور بعضهم من بعض يومًا ، أو ما أشبه ذلك ، وينتفعون به ، ثم يردونها ، ويدفعون ثور أنفسهم بعد ذلك إلى صاحب الثور لينتفع هو بالثور الثاني حسب انتفاع الأول بالثور الأول ، ثم يرد على صاحبه ، فهذا في معنى العارية فيما بينهم .

وقول محمد رحمه الله تعالى في "الكتاب" : إن استقراض الحيوان يوجب الضمان ، فذلك فيما إذا دفع حيوانًا ليستهلكه ، وينتفع به ، ثم يدفع إليه مكانه حيوانًا آخر ، فيأخذه المستقرض للتملك دون الانتفاع ، ورد عينه بعد ذلك -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب- .

الفصل السادس
فى رد العارية

١٠٣٩٢- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": إذا رد المستعير الدابة مع عبده، أو بعض من فى عياله، فلا ضمان عليه، كما فى الوديعة، وهذا هو العرف، والعادة الظاهرة فيما بين الناس أن المستعير [بعد ما فرغ] من الانتفاع، يرد العارية على يدى غلامه، أو بعض من فى عياله. وإن ردها على يد [عبد] صاحب الدابة عبدًا يقوم عليها، ويتعاهدها، قال: يبرأ عن الضمان، وأراد به ضمان الرد، لا ضمان العين؛ لأن ضمان العين لم يجب بعد، أما ضمان الرد واجب، فانصرف البراءة إلى ما كان مضمونًا عليه.

ولو هلكت الدابة بعد ذلك فى يد العبد، لا يضمن ضمان العين. قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن، كما لو رد الوديعة على يدى من فى عيال صاحب الوديعة، والفرق على جواب الاستحسان العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن عبد صاحب الوديعة هو الذى يسلم الدابة إلى المستعير عند الإجارة، وهو الذى يسترد منه عند الفراغ من الحاجة، ومثل هذا العرف لا يوجد فى الوديعة، فإن صاحب الوديعة هو الذى يتولى أخذها، وإنما أودعها؛ لأنها لم يرض بكونها فى يد من فى عياله.

١٠٣٩٣- قال شيخ الإسلام: وعلى قياس ما ذكر فى العارية يجب أن يقال: بأن الغاصب إذا رد المغصوب على عبد المغصوب منه عبدًا يقوم على الدابة أنه يبرأ عن الضمان، فأما إذا أراد المستعير الدابة على عبد لا يقوم على الدابة، ولا يحفظها، هل يبرأ عن ضمان الرد؟ ذكر شيخ الإسلام وقال: يجب أن لا يبرأ، كما فى الغاصب إذا رد الدابة المغصوبة على عبد لا يقوم عليها، فإنه لا يبرأ عن ضمانها، وهل يضمن ضمان العين إذا ضاع فى يده؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة ههنا صريحًا، وذكر شمس الأئمة السرخسى ما يدل على أنه يضمن، فإنه قال فى "المنتقى": ولو كانت العارية عقد لؤلؤ، فردها على عبد لا يقبل مثله مثلها، أنه يضمن.

وذكر شمس الإسلام أن فى هذه المسألة يجب أن يكون على القياس والاستحسان، القياس أن يضمن، وفى الاستحسان لا يضمن، كما لو ردها إلى منزله [أو مربطها وضاع،

وثمه يضمن قياسًا، ولا يضمن استحسانًا؛ لأن المنزل في يد المولى حكمًا، فالرد إلى منزله أو المربط][1] يكون ردا على المالك حكمًا، فكذا العبد الذي لا يقوم على الدابة في يد المولى حكمًا، فكان الرد عليه كالرد على المولى.

١٠٣٩٤- وأشار محمد رحمه الله تعالى بعد هذه المسألة بمسائل إلى أنه لا يضمن قياسًا واستحسانًا. فقد قال: إذا رد المستعير الدابة، فلم يجد صاحبها ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلفها، فضاعت، لا يضمن استحسانًا. فقد شرط لتحقيق الاستحسان عدم صاحبها وخادمه مطلقًا من غير فصل بين خادم يقوم عليها، أو لا يقوم، فهذا إشارة إلى أنه إذا ردها على عبد لا يقوم عليها، أنه لايضمن قياسًا، واستحسانًا. هذا هو الكلام في العارية.

١٠٣٩٥- وأما الكلام في الوديعة فقد ذكرنا في كتاب الوديعة أن المودع إذا رد الويعة على عبد صاحبها أنه ضامن من غير فصل.

وذكر شيخ الرسلام رحمه الله تعالى في "شرح كتاب العارية": أن الجواب في الوديعة كالجواب في العارية، وذكر شمس الأئمة السرخسي في "شرح كتاب العارية" أن المودع ضامن على كل حال [كما ذكرنا في كتاب الوديعة][2] وهكذا ذكر القدوري في شرحه والفقيه أبو الليث في "فتاواه" -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبتت هذه العبارة من "م".

الفصل السابع
فى استرداد العارية، ومايمنع من استردادها

١٠٣٩٦- ذكر الحاكم الشهيد فى "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى فيمن استعار من آخر أرضًا ليزرعها، فأعارها إياه، فأذن له فى ذلك إلى أن يدرك زرعه، فزرعها، ثم أراد صاحبها أن يأخذها قبل أن يستحصد، فالمزارع بالخيار، إن شاء قلع الزرع، وإن شاء كانت الأرض عليه بأجر مثلها إلى أن يستحصد الزرع. وهذا لأن المزارع محق فى الزراعة؛ لأنه زرع بإذن رب الأرض، فيجب مراعاة حق صاحب الأرض [فى الأرض][1] وذلك بترك الأرض فى يد صاحب الزرع إلى وقت إدراك الزرع بالإجارة، إن أبى صاحب الزرع قلع الزرع؛ لأن فيه قطع صاحب الأرض عن منفعة الأرض مدة معلومة بعوض مع مراعاة حق الزرع فى الزرع من كل وجه. وذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة فى "المبسوط"، وذكر فيها القياس أن يكون لصاحب الأرض أن يخرج الأرض من يد المستعير، سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة، وفى الاستحسان لا يخرج الأرض من يده.

١٠٣٩٧- وذكر فى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فيمن زرع أرض غيره لنفسه بإذن صاحب الأرض، ثم أراد رب الأرض أن يخرجها من يده بعدما زرعها، ليس له ذلك؛ لأن التعزير بالمؤمن حرام، فإذا استحصد الزرع، ذكر فى بعض روايات "المبسوط": أن صاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر، ولم يذكر هذا فى بعض الروايات.

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول: إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه صاحب الأرض، أو القاضى، فأما بدون ذلك لا يجب الأجر؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد. وعبارة "المنتقى": إن شاء المزارع كانت الأرض عليه بأجر مثلها، ولم يشترط إجارة رب الأرض والقاضى، وعبارة شمس الأئمة السرخسى فى شرحه: إنه يترك الأرض فى يد المزارع بأجر المثل من غير اشتراط إجازة رب الأرض، أو القاضى.

وإن أبى المزارع أن تكون الأرض فى يده بأجر المثل، وكره قلع الزرع أيضًا، وأراد أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع، وقال: زرعى متصل بأرضك، فأشبه الصبغ المتصل بثوبك،

---

(١) هكذا فى "م".

فعلى[1] أن أضمنك قيمته، كما فى الصبغ، لم يذكر هذه المسألة فى "الأصل".

وذكر فى "المنتقى" فى موضع: أن له ذلك إلا أن يرضى رب الأرض أن يترك الزرع فى أرضه حتى يستحصد، ويكون ذلك منه وفاء بالشرط الذى شرط فى عقد العارية، فلا يلزمه شىء آخر، وقال فى موضع آخر: ليس للمزارع أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع.

١٠٣٩٨- وقال فى "المنتقى": فإن أراد رب الأرض أن يعطى المزارع بذره ونفقته، ويخرج الأرض من يده، ويكون الزرع له، يعنى لرب الأرض، ورضى المزارع به، فإن كان لم يطلع من الزرع شىء، لا يجوز، وإن كان الزرع قد خرج، فصالحه على شىء منه، وأخرجه، جاز؛ لأن الزارع يصير بائعًا الزرع، وبيع الزرع قبل أن يخرج لا يجوز بلا خلاف، وبعد أن يخرج فيه كلام، وأشار ههنا إلى الجواز.

ولو استعار دارًا ليبنى فيها بناء، أو أرضًا ليغرس نخلا، ففعل، ثم أراد رب الأرض أو الدار أن يخرجه، ففعل فله ذلك، سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة، ولا يضمن صاحب الدار والأرض قيمة البناء والأشجار إن كانت العارية مطلقة عند علمائنا رحمهم الله تعالى، ويضمنها إن كانت العارية موقتة، وأراد إخراجه قبل الوقت، هكذا ذكر المسألة فى رواية "الأصل".

وذكر فى "المنتقى": عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن عليه قيمة البناء سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة، فصار فى العارية المطلقة عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان، وجه ما ذكر فى "المنتقى": أن البناء للدوام، وقد أذن له فى ذلك، فبالإخراج يصير غارًا، فلدفع الغرور أوجبنا القيمة. وجه ما ذكر فى "الأصل" أن الثانى مفتر، وليس بمغرور؛ لأنه بنى هذا البناء معتمدًا على إذنه، مع علمه أن بناء هذا الإذن على الجواز دون اللزوم.

١٠٣٩٩- أما إذا كانت العارية موقتة، فأراد إخراجه قبل الوقت، يغرم قيمة البناء والأشجار، فإنما لزم الاسترداد باتفاق الروايات؛ لأن التأقيت غير محتاج إليه تصحيح العارية، وإنما يريد ضمان بقية البناء إلى هذا الوقت، وضمان قيمة البناء إن أخرجه قبل الوقت، لهذا يضمن له، وإذا لم يكن القلع مستحقًا عليه، كان حقه فى بناء قائم يوم الاسترداد، فيعتبر قيمته كذلك.

هذا إذا أراد صاحب الأرض إخراجه قبل الوقت، وإن مضى الوقت، فصاحب الأرض يقلع عليه الأشجار والبناء، ولا يضمن شيئًا عندنا؛ لأن القلع بعد الوقت مشروط مقتضى ذكر

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى "ظ": فلى.

الوقت، فيعتبر بما لو كان مشروطًا نصًا.

قال: إلا أن لا يضر القلع بالأرض، فحينئذٍ صاحب الأرض يملك البناء والأغراس بالضمان، ويعتبر في الضمان قيمته [مقلوعًا؛ لأن القلع مستحق عليه بعد الوقت، بخلاف ما لو أراد إخراجه قبل الوقت، حيث يضمن قيمته][1] قائمًا؛ لأن النقض والقلع هناك غير مستحق عليه، فكان حق المستعير في البناء القائم، وفي الأشجار القائمة.

١٠٤٠٠- في "النوازل": إذا استعار من رجل دارًا، وبنى فيها حائطًا بالتراب، ويقال بالفارسية: باخره، واستأجر الأجر بعشرين درهمًا، وكان ذلك بغير إذن رب الدار، ثم إن صاحب الدار يسترد الدار منه، فليس للمستعير أن يرجع بما أنفق؛ لأنه فعل بغير إذنه، وهل له أن ينقض الحائط؟ إن كان قد بناه من تراب صاحب الدار، فليس له ذلك؛ لأنه لا يفيد، لأن بالهدم يعود ترابًا، والتراب حق صاحب الدار -والله أعلم-.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثامن
فى الاختلاف الواقع فى هذا الباب، والشهادة فيه

١٠٤٠١- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": رجل استعار من رجل دابة ليركبها إلى حمام أعين، فجاوز بها حمام أعين، ثم رجع إلى حمام أعين، أو إلى الكوفة، والدابة على حالها، ثم عطبت الدابة، فقال رب الدابة: قد خالفت، ولم تردها إلى الموضع الذى أذنت لك، فقال المستعير: قد خالفت فيها، ثم رجعت بها إلى الموضع الذى أذنت لى، فلا ضمان علىّ، فالقول قول رب الدابة، والمستعير ضامن؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وهو المجاوزة عن المكان المسمى، ثم ادعى مايبرأه، وهو العود، فلا يصدق إلا بالحجة. فإن أقام البينة أنه قد ردها إلى الكوفة، أو إلى الموضع الذى أخذها إليه، ثم نفقت بعد ما ردها، قال: هو ضامن لها حتى يدفعها إلى صاحبها، وتأويله: أنه استعاره إلى ذلك المكان ذاهبًا، لا جائيًا، ومتى كان كذلك، كان ضامنًا؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه عاد إلى المكان المشروط، فإنه لا يبرأ؛ لأنه عاد إلى الوفاق والعقد [ينتهى، فلا يبرأ عن الضمان، فأما إذا كان ذاهبًا وجائيًا، فإنه يبرأ عن الضمان؛ لأنه عاد إلى الوفاق، والعقد][1] قائم، فيبرأ عن الضمان.

١٠٤٠٢- إذا قال: أعرتنى دابتك، وهلكت، وقال المالك: غصبتها منى، فلا ضمان عليه إن لم يركبها، وإن كان قد ركبها، فهو ضامن، وإن قال: أعرتنى، وقال المالك: أجرتكها، وقد ركبها، وهلكت من ركوبه، فالقول قول الراكب، ولا ضمان عليه.

١٠٤٠٣- وفى "القدورى": إذا اختلف المعير والمستعير فى الأيام، أو فى المكان، أو فيما يحمل عليه، فالقول قول رب الدابة مع يمينه؛ لأن الإذن من جهته يستفاد، فكان القول قوله.

١٠٤٠٤- وفيه أيضًا: وإذا تصرف المستعير، وادعى أن المعير أذن له، وجحد المعير، فهو ضامن، إلا أن يقوم له بينة على الإذن؛ لأن سبب الضمان قد تحقق، فإذا ادعى الإذن، فقد ادعى المسقط، فلا يقبل إلا بحجة.

١٠٤٠٥- وفى "المنتقى": رجل قال لغيره: أعرتنى هذه الدار، وهذه الأرض لأبنيها،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أو أغرس فيها ما بدا لى من النخل أو الشجر، فغرستها هذا النخل، وبنيتها هذا البناء، وقال المعير: أعرتك الدار والأرض، وفيها هذا البناء والأغراس، فالقول قول المعير؛ لأن البناء والأغراس بحكم الاتصال صار وصفا للأرض، بمنزلة أوصاف الحيوان، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المعير أيضًا؛ لأن الإعارة لاتكون إلا بعد سابقة الاستعارة، فالمعير بينته أثبت استعارته الأرض مع البناء والأغراس، وباستعارة الأرض مع البناء والأغراس للمعير، وبعد ما ثبت إقراره بذلك، كيف يقبل منه البينة على أن البناء والأغراس له؟

الفصل التاسع
في المتفرقات

١٠٤٠٦- رد المستعار على المستعير، ورد المستأجر على الآجر، والعبرة لما يعود ويحصل، فالحاصل للآجر بدل المنفعة، وللمستأجر المنفعة وبدل المنفعة [عين، وكان خيراً عن المنفعة][1]، وكان مؤنة الرد عليه، والحاصل للمستعير المنفعة، والمعير لا شيء له، وإنما يعود إليه ملكه لا غير، فكان المستعير أسعد حالا، فكان بمنزلة الرد على المستعير، ذكره الصدر الشهيد في باب من المسائل من كتاب الإجارات.

١٠٤٠٧- وفي "الوقعات": نفقة العبد المستعار على المستعير، وكسوته على المعير؛ لأن بقاء المنفعة الحالية بالنفقة، والمنفعة تعود إلى المستعير، ولا كذلك الكسوة. وقال أبو نصر: لو أن رجلا استعار من رجل عبداً، فطعام العبد على المستعير، ولو أن مولى العبد أعار العبد، فطعامه على المعير.

وقال الفقيه أبو الليث: يعني إذا قال مولى العبد: خذ عبدي، واستخدمه من غير أن يستعير، فإن هذه بمنزلة الوديعة، وطعامه على مولاه.

١٠٤٠٨- وفي "المنتقى": إذا قال لغيره: أعرني ثوبك، فإن ضاع، فأنا ضامن له، فلا ضمان عليه، وهذا الشرط باطل؛ لأنه يخالف قضية الشرع، وكذلك هذا الحكم في سائر الأمانات، نحو الودائع وغيرها.

١٠٤٠٩- وفيه أيضًا بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في المستعير إذا خرج بالدابة، أو الثوب من المصر، فاستعمله، فهو ضامن، وإن خرج به[2]، ولم يلبس، ولم يركب، ضمن في الدابة، ولم يضمن في الثوب.

معنى المسألة: استعار ثوبًا، أو دابة في المصر، حتى تقيد الإذن بالاستعمال في المصر، قال: لما أن الاستعمال خارج المصر يخالف الاستعمال في المصر، ثم خرج بهما عن المصر، إن استعمل الثوب والدابة، فهو ضامن، وإن لم يستعملها، ففي الثوب لا ضمان؛ لأنه حافظ كما هو حافظ له في المصر، بخلاف الدابة؛ لأنها بمجرد الإخراج صارت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي "ف": وإن لم يخرج به.

معرضة للنفور، فيكون إخراجها إتلافًا ومعنًى، فيضمن لها.

١٠٤١٠- وفيه أيضًا: ذكر المعلى في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل استعار محملا، أو فسطاطًا في مصر، فسافر، لا يضمن، وإن استعار سيفًا، أو عمامة، فسافر به، ضمن، والفرق أن الاستعارة وإن وجدت في المصر، إلا أن الفسطاط والمحمل يستعملان خارج المصر عادة، فصار إعارتهما إذنًا بالمسافرة بهما، ولا كذلك السيف والعمامة.

١٠٤١١- وفيه أيضًا: استعار من رجل فرسًا ليغزو عليه أربعة أشهر، ثم لقيه العدو بعد شهرين في بلاد المسلمين، وأراد أخذه، فله ذلك، وإن لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر كرى ولا شرى، ليس له أن يأخذه، دفعًا للضرر عن المستعير، ويكون على المستعير أجر مثل ذلك الفرس من ذلك الموضع الذي طلبه منه صاحبه إلى أدنى المواضع التي يقدر فيها على الحملان، مراعاة للجانبين، ودفعًا للضرر من الطرفين.

١٠٤١٢- ونظير هذه المسألة: رجل أعار من آخر أمة ترضع ابنا له، فلما تعود الصبي، وصار لا يرضع إلا منها، قال المعير: اردد على أمتي، فليس له ذلك، وله مثل أجر جاريته إلى أن يطعم الصبي.

١٠٤١٣- وكذلك إذا استعار من آخر زقاقًا، وجعل فيها زيتا، فأخذه في الصحراء، فليس له أن يأخذ الزقاق، وله أجر مثلها إلى موضع يجد فيها زقاقًا، فيحول زيته.

وفيه أيضًا: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى في رجل قال لرجل: أعرني دابتك فرسخين، أو قال: إلى فرسخين، قال: له فرسخان ذاهبًا وجائيًا، فيصير أربعة فراسخ، وكذلك كل عارية تكون في المصر، نحو تشييع الجنازة، وأشباهها، وهذا استحسان أخذ به علماءنا رحمهم الله تعالى لمكان العرف الظاهر فيها بين الناس، والقياس أن يكون هذا على الذهاب خاصة، ولا يكون له أن يرجع عليها.

١٠٤١٤- استعار من آخر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فبعث الدابة مع وكيل له ليحمل عليها الحمل، فحمل الوكيل حنطة نفسه مثلها، لا يضمن. في كتاب الشركة في باب خصومة المتفاوضين.

١٠٤١٥- استعارة الشيء للرهن من غيره جائزة، وأنه معروف، والاستعارة لتؤاجر غير جائزة، ذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب المزارعة.

ذكر في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": أن والد الصغير ليس له أن يعير متاع ولده الصغير.

١٠٤١٦- وذكر شمس الأئمة فى أول "شرح الوكالة" : أن الأب يعير ولده، وهل له أن يعير مال ولده؟ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : له ذلك، وعامة المشايخ على أنه ليس له ذلك .

١٠٤١٧- صبى استعار من صبى شيئًا، كالقدوم ونحوه، فأعطاه، وكان الشيء لغير الدافع، فهلك فى يده، إن كان الصبى الأول مأذونًا، لا يجب على الثانى شيء، وإنما يجب على الأول؛ لأنه إذا كان مأذونًا صح الدفع منه، وكان التلف حاصلا بالتسليط، وإن كان ذلك الشيء للأول، لا يضمن الثانى أيضًا، لما قلنا . وإن كان الأول محجورًا عليه، يضمن هو بالدفع، ويضمن الثانى بالأخذ منه، ويكون الأول غاصبًا، والثانى غاصب الغاصب .

١٠٤١٨- استعار من رجل شيئًا، فدفع ولده الصغير المحجور عليه الوديعة إلى غيره بطريق العارية، فضاع، يضمن الصبى الدافع، وكذلك المدفوع إليه؛ لأن كل واحد منهما فى حقه غاصب .

١٠٤١٩- أعار من آخر شيئًا، وهلك فى يد المستعير، ثم استحقه مستحق، فله الخيار، يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المعير، فليس له أن يرجع على المستعير؛ لأنه تبين أنه أعار ملك نفسه، وإن ضمن المستعير، فكذلك لا يرجع على المعير؛ لأن المستعير فى القبض عامل لنفسه، ولما ضمن بسبب عمله لنفسه، لا يرجع به على غيره .

١٠٤٢٠- فى "الجامع الأصغر" : أرض بين جماعة، أذن واحد منهم للباقين أن يبنوا فيها قصورًا، فبنوا ثم أراد الآذن أن يهدم بناء قصر منها، كان لهم منعه، وله أن يأخذهم برفع قصورهم بناء على ما قلنا : إن العارية غير لازمة .

تم كتاب العارية من "المحيط" -والله أعلم- .

كتاب الشركة

هذا الكتاب يشتمل على ثمانية فصول:

الفصل الأول
فى بيان أنواع الشركات وشرائطها وحكمها

١٠٤٢١ - فأما بيان أنواعها : فنقول : شركة العقود أنواع ثلاثة : شركة بالمال، وشركة بالوجوه، وشركة بالأعمال. وكل ذلك على وجهين : مفاوضة، وعنان. وشرط جواز هذه الشركات كون المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ؛ لأن المقصود من هذه العقود الشركة فى التصرف، والشركة فى التصرف إنما تثبت إذا صار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى التصرف، فيشترط كون ما يعقد عليه عقد الشركة قابلا للوكالة لهذا.

ثم الشركة إذا كانت بالمال لا تجوز، عنانًا كانت أو مفاوضة، إلا إذا كان رأس المال من الأثمان التى لا تتعين فى عقود المبادلات، نحو الدراهم والدنانير، فأما ما يتعين فى عقود المبادلات، نحو العروض، فلا تصح الشركة بهما، سواء كان ذلك رأس مالهما، أو رأس مال أحدهما.

وإنما لا تصح الشركة بالعروض، لما أشار إليه فى "الكتاب" أن رأس المال مجهول، ومعناه أن العروض ليست من ذوات الأمثال، وعند القسمة لا بد من تحصيل رأس المال أولا، ليظهر الربح، فإذا كان رأس المال عروضًا، فتحصيله عند القسمة تكون بطريق الحرز والظن، فلا يثبت اليقين به.

ومعنى آخر : أن كل واحد من الشريكين يصير وكيلا عن صاحبه بالتصرف، فإذا كان رأس المال عرضًا، صار كل واحد منهما موكلا صاحبه ببيع متاعه، على أن يكون له بعض ربحه، وذلك لا يجوز ؛ لأن الوكيل بالبيع يكون أمينًا، فيكون هذا ربح ما لم يضمن فى حقه، وأنه لا يجوز.

وإذا كان رأس المال دراهم أو دنانير، صار كل واحد منهما موكلا صاحبه الشرى بماله، على أن يكون بعض الربح له، وذلك جائز [لأن الوكيل بالشرى يكون ضامنًا للثمن فى ذمته، فيكون هذا ربح ما قد ضمن، فإنه جائز][1]، ويشترط فى ذلك أن يكون رأس المال عينًا، إما حاضرًا فى المجلس، أو غائبًا عن المجلس، مشارًا إلى مكانه، حاضرًا عند الشرى.

١٠٤٢٢ - وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه، والشيخ أبو الحسن القدورى : أن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

من دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: اخرج من عندك ألفًا مثل هذا الألف، فاشتر بهما، وبع، فما ربحت من شيء، فهو بيننا، ففعل المأمور كذلك، فهو جائز، وإن لم يكن المال حاضراً في مجلس العقد، ولا مشاراً إلى مكانه، واكتفى بوجوده عند الشرى.

فأما التبر من الذهب والفضة، فقد جعله في كتاب الشركة من الأصل بمنزلة العروض، فلم تجز الشركة بها، وفي صرف "الأصل" جعله بمنزلة الأثمان، فجوز الشركة بها، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: والحاصل أن المعتبر في هذا العرف، ففي كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر، فهو بمنزلة الأثمان، لايتعين في العقود، ولا تجوز الشركة [به، وفي كل بلدة لم يجر التعامل بالمبايعة بالتبر، فهو بمنزلة الأثمان، لا يتعين في العقود، ولا تجوز الشركة به][1].

وأما الفلوس: فالمشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الشركة والمضاربة بها لا يجوز، وعن محمد و زفر أنه يجوز، ومحمد و زفر يقولان: إن الفلوس ما دامت رائجة، فهي بمنزلة النقود.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا: الرواج في الفلوس عارض باصطلاح الناس، وذلك يتبدل ساعة فساعة، فلو جوزنا الشركة بها أدى إلى جهالة رأس المال عند قسمة الربح، إذا كسدت تلك الفلوس؛ لأن راس المال عند قسمة الربح يحصل باعتبار المالية، لا باعتبار العدد، ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد.

١٠٤٢٣ - وأما الشركة بالمكيلات، والموزونات قبل الخلط في جنس واحد، وفي الجنسين المختلفين، قبل الخلط، وبعد الخلط لا يجوز بالاتفاق، وأما بعد الخلط في جنس واحد، وفي المعدودين، إذا اتفقا في المقدار، على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تصح الشركة، ويكون المخلوط مشتركًا بينهما شركة ملك، حتى لو تصرفًا و ربحًا، فالربح بينهما على قدر الملك. وقال محمد رحمه الله تعالى: تصح الشركة، والربح بينهما على الشرط.
فكلام أبي يوسف ظاهر أن قبل الخلط إنما لايجوز الشركة؛ لأنها تتعين بالتعيين، وهذا المعنى لا يبطل بالخلط، وما يتعين بالتعيين لا يصح أن يكون رأس مال الشركة، ومحمد يقول: بأن الكيل والوزن عوض من وجه، ألا ترى أن الشراء بهما دينًا في الذمة صحيح، وأنه حكم الثمن، ويتعين في العقود باليقين، وأنه حكم العرض، فمن حيث إنه عرض لم تجز الشركة بها قبل الخلط في الجنس الواحد، ومن حيث إنه ثمن جوز الشركة بها بعد الخلط، وهذا لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

باعتبار الشبهين يضعف إضافة عقد الشركة إليها، فيتوقف ثبوته على ما يفوتها، وهو الخلط، وتثبت شركة الملك لامحالة لتأكد العقد أيضًا .

وفي الجنسين المختلفين، إنما لا تصح الشركة عنده على قول محمد رحمه الله تعالى بعد الخلط باعتبار المخلوط، فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات الأمثال، ألا ترى أن متلفه يضمن القيمة دون المثل؛ لأنه لا مثل له، فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل، وفي الجنس المختلف إذا عملا بذلك، إن كانا لم يخلطا أخذ كل واحد برأس ماله كرا مثل كره، وإن كانا قد خلطا، فالثمن يقسم بينهما على قدر قيمة طعام كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا، وإنما اعتبر قيمتهما يوم الخلط؛ لأن استحقاق الثمن بمقابلة المبيع، والمبيع داخل في البيع مخلوطًا .

وإن كان أحدهما مريد الخلط جزافًا، فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط، ومعنى هذا أن قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة، وقيمة الحنطة تنقص إذا خلطت بالشعير، فصاحب الشعير يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط، وصاحب الحنطة يضرب بقيمة الحنطة مخلوطة؛ لأن الزيادة في الشعير حصلت من مال صاحب الحنطة، فلا يستحق صاحب الشعير الضرب بتلك الزيادة، والنقصان في الحنطة حصل بفعل رضي به صاحب الحنطة، وهو الخلط، وقيمة ملكه ناقص عند البيع، فلا يستحق الضرب إلا بذلك القدر .

وطعن عيسى بن أبان في الفصلين جميعًا، وقال : قول محمد في الفصل الأول يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما [يوم خلطاه، وفي الفصل الثاني يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما][1] يوم يقتسمون غلط، والصحيح أن المعتبر قيمة كل واحد منهما يوم وقع البيع؛ لأن استحقاق الثمن بالبيع، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في "المنتقى"، وتبين بما ذكر في "المنتقى" : أن في المسألة روايتين .

١٠٤٢٤- وإن أراد تجويز الشركة بالعروض، فالحيلة في ذلك، أن يبيع كل واحد منهما نصف عرض نفسه بنصف عرض صاحبه، حتى صار مال كل واحد منهما مشتركًا بينهما شركة ملك، ثم يعقدان عقد الشركة بعد ذلك، إن شاءا معاوضة، وإن شاءا عنانًا، وتصير العروض رأس مال الشركة، والعروض بعد ما صار مشتركًا بينهما يصلح رأس مال الشركة، وإن كان قبل ذلك لا يصلح .

وكذلك إذا كان لأحدهما دراهم، وللآخر عروض، ينبغي أن يبيع صاحب العروض

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

نصف عروضه بنصف دراهم صاحبه، ويتقابضان، ثم يشتركان إن شاءا مفاوضة، وإن شاءا عنانًا، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الشركة قبل باب بضاعة المفاوض.

١٠٤٢٥- وفى "المنتقى": هشام عن محمد رحمه الله تعالى: عبد بين رجلين، اشتركا فيه شركة مفاوضة، أو عنان، فهو جائز. وفيه أيضًا: رجل له طعام، ورجل آخر له طعام، فاشتركا عليهما، وخلطاهما، وأحدهما أجود من الآخر، فالشركة فى هذا جائزة، والثمن بينهما نصفان، قال من قبل: إن هذا يشبه البيع، ومعنى المسألة أنهما خلطاهما على أنه بينهما. وقال فى موضع آخر من هذا الكتاب: يقسم الثمن بينهما على قدر قيمة الجيد والردىء.

١٠٤٢٦- ولوكان رأس مال أحدهما دراهم، ورأس مال الآخر دنانير، جازت الشركة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، عنانًا كانت أو معاوضة فى المشهور، وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن المعاوضة لا تجوز، وهكذا روى عن أبى يوسف، وعند زفر والشافعى لا تجوز الشركة، عنانًا كانت أو مفاوضة، وهذا بناء على أن عند زفر الخلط شرط صحة الشركة، فلا تصح بمالين لايختلطان. هذا كله بيان شرائط جواز الشركة بالمال، عنانًا كان أو مفاوضة.

ثم تختص المفاوضة بزيادة شرائط، فمن جملة ذلك: التنصيص على المفاوضة، حتى إنهما إذا لم يتلفظا بلفظة المفاوضة، كانت الشركة عنانًا [هكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

قال شمس الائمة السرخسى فى شرحه: وتأويل][1] هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما، ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائمًا مقام ذلك كله، فإن كان المتعاقدان يعرفان أحكام المعاوضة، صح العقد بينهما إذا ذكر معنى المفاوضة، وإن لم يصرحا بلفظها؛ لأن العبرة للمعنى دون اللفظ.

ومنها أن تكون عامة فى عموم التجارات[2]، إليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى "الكتاب" وذكر شيخ الإسلام فى آخر باب شركة المعاوضة أنها تجوز فى نوع خاص أيضًا.

ومنها أن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة، بأن كانا بالغين عاقلين حرين؛ لأن حكم هذه الشركة صيرورة كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما يلحقه من ضمان التجارات

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: فى جميع التجارات.

على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

ومنها أن يكون رأس كل واحد منهما على السواء من حيث القدر إذا كانا من جنس واحد، ونوع واحد، وإن كانا من جنسين مختلفين، نحوالدراهم والدنانير، أوكانا من جنس واحد، إلا أنه اختلف نوعهما نحو الكسور مع الصحاح، يشترط أن يكون مع ذلك التساوى فى القيمة.

وإنما شرطنا التساوى فى رأس المال فى هذه الشركة عملا بقضية لفظة المفاوضة، فإن المفاوضة مشتقة من المساواة، وعن هذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فى رواية : إن المفاوضة لا تجوز إذاكان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير ؛ لأن المساواة بين الدراهم والدنانير إنما تكون بالقيمة، وطريق معرفة ذلك بالحرز والظن وفى ظاهر الرواية يجوز ؛ لأن الجنس واحد من حيث المعنى .

١٠٤٢٧- ولوكان لأحدهما دراهم بيض، وللآخر سود، وبينهما فضل قيمة، لم يصح المفاوضة فى المشهور من الرواية، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنه يجوز ؛ لأنه لا قيمة للجودة فى الأموال الربوية عند مقابلتها بحنسها.

ومن جملة ذلك أن يستويا فى الربح، وأن لا يكون لكل واحد منهما من المال الذى يجوز عليه عقد الشركة، سوى رأس المال الذى شارك به صاحبه ابتداء وانتهاء، على ما يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى .

ثم إن صحت الشركة بالمال، فإن كانت مفاوضة، صار كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه من ضمان التجارات، وما يجوز أن يكون واجبًا بالتجارة وما يشبه ضمان التجارة، ويصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فيما وليه صاحبه من التجارات، فيكون مخاصمًا فيما وليه صاحبه بحكم الوكالة، ويكون مخاصمًا معه بحكم الكفالة، ويصيران فى جميع أحكام التجارة بمنزلة شخص واحد. وإنما فعلنا هكذا لما ذكرنا أن اللفظ يقتضى التساوى، فيجب اعتبار التساوى فى جميع ما يجب لهما وعليهما فيما يجوز أن يكون داخلا تحت الشركة.

١٠٤٢٨- وإن كانت الشركة عنانًا يصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى عقود التجارات، ولا يصير كل واحد وكيلا عن صاحبه فى استيفاء ما وجب بعقد صاحبه.

والحاصل أن فى هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير، ولا يصير كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه حتى لا يؤاخذ كل واحد منهما بما لزم صاحبه، هذا كله بيان شرائط

الشركة بالمال، وحكمها.

١٠٤٢٩- جئنا إلى الشركة بالوجوه، وصورتها: أن يشترك اثنان ولا مال لهما، في نوع خاص، أو في الأنواع كلها على أن يشتريا ويبيعا، وما رزق الله تعالى من شيء، فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة عندنا. وإنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه؛ لأنه إنما يشترى بالنسيئة من له وجاهة عند الناس، وطريق جواز هذه الشركة أن يجعل كل واحد أصيلا في التصرف من وجه، وكيلا من وجه عن صاحبه، فيقع المشترى مشتركًا بينهما، ألا ترى أنه لو قال: اشتر هذا العين على أن يكون بيننا، كان ذلك جائزًا، كذا ههنا.

وهذه الشركة قد تكون مفاوضة، وقد تكون عنانًا، فشرط المفاوضة أن يكونا من أهل الكفالة، وأن يكون الملك في المشترى بينهما نصفين، وثمن المشترى عليهما نصفان، وأن تساويا في الربح، وأن تكون عامة إلا على قول شيخ الإسلام، والتلفظ بلفظ المفاوضة على التأويل الذي ذكره شمس الائمة على ما مر.

والعنان منها يجوز مع اشتراط التفاضل في ملك المشترى. وينبغي أن يشترط الربح في هذه الشركة على قدر اشتراط الملك لهما في المشترى، حتى لو تفاضلا في ملك المشترى، أو اشتراطا التساوى في الربح بينهما، أو كان على العكس لا يجوز هذا الشرط، ويكون الربح بينهما على قدر ما اشترطا الملك بينهما، وهذا لأن اشتراط الربح لأحدهما أكثر، فما شرط له من نصيبه من الملك اشتراط الربح من غير ملك ولا ضمان، والربح إنما يستحق بالملك، كما في رب المال في باب المضاربة، أو بالضمان كالأستاذ إذا تقبل العمل وألقاه على تلميذه بأقل من ذلك الأجر الذي تقبل العمل به يطيب له الفضل، وإنما يطيب له بالضمان، أما بدون ذلك، فلا يستحق الربح؛ ألا ترى أن من قال لغيره: اعمل في مالك على أن لي بعض الربح لم يجز.

فإن قيل: يجوز أن يكون فضل الربح لفضل العمل، والربح يستحق بالعمل؛ ألا ترى أن المضارب يستحق الربح وإنما يستحقه بالعمل، قلنا: إنما يستحق بالعمل إذا كان العمل في ماله معلومًا، كما في المضارب ولم يوجد ههنا.

١٠٤٣٠- في "المنتقى": إذا أراد الرجلان أن يشتركا شركة مفاوضة، ولأحدهما دار أو خادم أو غرض وليس للآخر شيء، فاشتركا شركة مفاوضة يعملان ذلك بوجوهها، ولم يسميا شيئًا من العروض التي لأحدهما في شركتهما، كانت الشركة جائزة وهي مفاوضة، والعروض لصاحبها خاصة، وهذه شركة وجوه، وكذلك إذاكان لأحدهما تبر ذهب غير

مضروب، والباقي بحاله.

١٠٤٣١- جئنا إلى الشركة بالأعمال وهي نوعان صحيحة، وفاسدة، فالصحيحة منها: أن يشترك اثنان على أن يتقبلا الأعمال من الناس، ويعملا بأيديهما، فما رزق الله تعالى ربح من شيء، فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة، وقد تكون هذه الشركة مفاوضة عند استجماع شرائطها على ما ذكرنا، وقد تكون عنانًا.

وطريق جواز هذه الشركة أن يجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه يتقبل العمل له، والتوكيل بتقبل العمل له جائز، ولأجل هذا المعنى قلنا: تصح هذه الشركة مفاوضة اتفقت أعمالهما، بأن اشترك قصاران أوخياطان، أواختلفت بأن اشترك قصار وخياط.

وقال زفر: إن اختلفت أعمالهما لا يصح؛ لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذى يتقبل صاحبه، فإن ذلك ليس من عمله، فلا يحصل ما هو المقصود من العقد، ولكنا نقول: جواز هذه الشركة من حيث التوكيل بتقبل العمل، والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن ذلك العمل وممن لا يحسن، وهذا لأنه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بنفسه، بل له أن يقيم بأعوانه وإخوانه، وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك.

وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع اشتراك التساوي في العمل، بأن اشتركا المال بينهما أثلاثًا، وشرطًا العمل عليهما نصفان، هكذا ذكر في "الأصل"؛ لأنهما تابعان في العمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت، فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح.

١٠٤٣٢- وذكر "القدوري": أنه لا يجوز اشتراط التفاضل في المال المستفاد بالعمل إن اشترطا التفاضل في العمل، وهذا لأن استحقاق الكسب باشتراط العمل والتقبل، دون نفس العمل، ألا ترى أنه لوعمل أحدهما دون الآخر، كان الأجر بينهما على ما اشترطا، فيصير العامل كالمعين لصاحبه على إيفاء ما صار مستحقًا عليهما من العمل بعقد الشركة، وإذا ثبت أن استحقاق الأجر بتقبل العمل، فإنما يستحق كل واحد منهما من الأجر بقدر ما عليه من العمل.

١٠٤٣٣- ثم في شركة التقبل إذا لم يتفاوضا، ولكن اشتركا شركة مطلقة، فدفع رجل إلى أحدهما عملا، فله أن يأخذ بذلك العمل أيهما شاء، ولكل واحد منهما أن يطالب بأجر العمل، فإلى أيهما شاء دفع وبرئ، بمنزلة المتفاوضين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانًا. قال هشام: أخبرنا محمد بذلك، وهو قول محمد، وكذلك قول أبي يوسف.

١٠٤٣٤- قال أبو الفضل في "المنتقى" : وكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف من قوله، وقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وزاد فيه : إذا جنت يد أحدهما، فالضمان عليهما، يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك . فقد اعتبر هذه الشركة مفاوضة في حق هذه الأحكام، مع أنهما لم يتفاوضا، وهذا استحسان أخذ به علماءنا رحمهم الله تعالى ؛ لأن هذه الشركة مقتضية للضمان بأن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه، فأجروها مجرى المفاوضة في حق ضمان العمل، واقتضاء العمل البدل، وفيما عدا ذلك لم يثبتوا معنى المفاوضة، حتى قالوا : إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون وأشنان مستهلكة، أو آجر أجيرًا، أو أجرة بيت لمدة مضت، لم يصدق على صاحبه إلا ببينة، وسيأتي بيان هذه الأحكام، والفرق بين المفاوضة والعنان فيما بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

١٠٤٣٥- إذا أقعد الصائغ معه رجلا في دكانه، فطرح عليه العمل بالنصف، جاز استحسانًا، لتعامل الناس من غير نكير منكر، ولأن الناس بحاجة إلى ذلك، فالعامل قد يدخل بلدًا لا يعرفه أهلها، ولا يأمنونه على متاعهم، وإنما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذي يعرفونه، وصاحب الدكان لا يتبرع على العامل بمثل هذا في العادة، ففي تجويز هذا العقد يحصل غرض الكل ؛ فإن العامل يصل إلى عوض عمله، وصاحب الدكان يصل إلى عوض منفعة دكانه، والناس يصلون إلى منفعة عمل العامل . ويطيب لرب الدكان الفضل ؛ لأنه أقعده في دكانه، وأعانه بمتاعه، وربما يقيم صاحب الدكان بعض العمل، كالخياط يتقبل المكان، ويلي قطعه، ثم يدفع إلى آخر بالنصف .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى : هذا العقد نظير عقد السلم، من حيث إنه رخص فيه لحاجة الناس، كالسلم .

قال الصدر الشهيد في شرح "كتاب الشركة" : طريق الجواز أن يجعل كأنهما اشتركا في التقبل والعمل، ثم يتقبل أحدهما، ويعمل الآخر، فعلى هذا القول إذا قال صاحب الدكان : أنا أتقبل ولا تتقبل أنت، وأطرحُ عليك لتعمل بالنصف، لايجوز، وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الخياط : يتقبل المشاع، ويلي قطعه، ثم يدفعه إلى الآخر بالنصف، يجوز، وكذا هنا في سائر الصنائع، قال : ولو تقبل التلميذ، جاز، ولو عمل صاحب الدكان، جاز أيضًا .

١٠٤٣٦- وأما الفاسدة من هذه الشركة : أن يشتركا في الاحتطاب، والاحتشاش،

وطلب الكنوز، وما أشبه ذلك من الأشياء التى تملك بالأخذ من المباحات، وهذا يبتنى على الأصل الذى تقدم: أن من شرط جواز الشركة كون ما عقد عليه عقد الشركة قابلا للوكالة، والتوكيل بهذه الأنواع لا يجوز، وبقبول الأنواع[1] من كل صانع يعمل بالأجر يجوز التوكيل، فلهذا أجاز ذلك النوع، ولم يجز هذا النوع، وإنما جاء الفرق فى صحة التوكيل وعدم صحته؛ لأن التوكيل أمر بالتصرف، وإنما يصح إذا حصل الأمر فيما هو ملك الموكل، كما فى بيع شىء من ماله، وكما فى شراء شىء له؛ لأن الشراء إيجاب فى ذمته، وذمته خالص ملكه، وفى شركة التقبل كل واحد من صاحبه بإيجاب بعض العمل فى ذمته فتصح الأمر، وفى أخذ المباحات لم يوجد الأمر بالتصرف فى ملكه، فلم يصح الأمر -والله أعلم- .

(١) هكذا فى الأصل و "ظ"، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا: وبقبول الأعمال.

الفصل الثانى
فى الألفاظ التى تصح الشركة بها، والتى لا تصح

١٠٤٣٧- قال محمد رحمه الله تعالى : إذا اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما، وخصا صنفًا وعملا، أو لم يخصا، فهو جائز، وكذلك إذا قال : هذا الشهر، وكان ينبغى أن لا يجوز إذا لم يبينا جنس ما يشتريانه فى الصفة، أو مقدار البدل ؛ لأن مبنى الشركة على الوكالة، ومن وكل رجلا بأن يشترى له شيئًا بهذه الدراهم، لا يجوز ما لم يبين الجنس والصفة، أو مقدار الثمن. والجواب أن الشركة فى معنى وكالة فوض إلى الوكيل الرأى فيما يشترى، بأن يقول له : اشتر لى اليوم ما شئت، وذلك جائز، فكذلك الشركة.

إنما قلنا : إن الشركة بهذه الصفة التى ذكرنا ؛ لأن المقصود من الشركة تحصيل الربح، وإنما يحصل هذا المقصود إذا صار الرأى مفوضًا إلى كل واحد منهما فى التصرف.

فإذا جازت هذه الشركة، هل تتوقف بالوقت المذكور، حتى لا تبقى بعد مضى الوقت؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الأصل.

وروى بشر بن الوليد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى : أنه يتوقف. وضعّف الطحاوى هذه الرواية، وقال : نص فى وكالة "الأصل" أن كل من وكل رجلا ليشترى له عبدًا اليوم، أو ليبيع له عبدًا اليوم، أن الوكالة لا تتوقف باليوم. وغيره من المشايخ صححوا هذه الرواية، وقالوا : ما ذكر فى الشركة يصير رواية فى الشركة، فيصير فى المسألة الأولى روايتان على قول هؤلاء، وهو الصحيح.

ولم يذكر محمد فى الأصل ما إذا لم يذكر لفظة الشركة، ولكن قال أحدهما للآخر : ما اشتريت اليوم من شىء، فهو بينى وبينك [ما حكمه؟ وروى بشر بن الوليد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لا يصح إلا إذا ذكر لفظة الشركة، أو ما يدل على الشركة، بأن قال : ما اشتريت اليوم، أو ما اشتريت، فهو بينى وبينك][1] أما بدون ذلك، لا يجوز ما لم يكن الرأى مفوضًا إلى الوكيل، بأن قال : إذا اشتريت ما رأيت، أو ما شئت اليوم، فهو بيننا. وروى أبو سليمان عن محمد : أنه يجوز، وتثبت الشركة بهذا القدر ؛ لأنهما ذكرا حكم الشركة إن لم يذكرا عقد الشركة، والعقد يصير مذكوراً بذكر حكمه، ألا ترى أنهما لو ذكرا الشراء من

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الجانبين يجوز، وإن لم يذكرا لفظ الشركة لما ذكرا حكم الشركة.

وجه ما روى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أنهما لم يذكرا الشركة، ولم يذكرا حكم الشركة على الخصوص؛ لأن حكم الشركة على الخصوص، إنما يصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه، ولم يذكرا ذلك، فلم تثبت الشركة، لا نصّا ولا اقتضاءً، فبقيت وكالة، والتوكيل بشراء مجهول الجنس لا يجوز ما لم يكن الرأى مفوضًا إليه، بخلاف ما لو ذكرا شراءهما؛ لأنهما ذكرا ما هو حكم الشركة على الخصوص، فتثبت الشركة اقتضاء بذكر الحكم.

١٠٤٣٨- والشركة جائزة، وإن كان المشترى مجهول الجنس. قال: وكذلك إذا لم يذكرا للشركة وقتًا، بأن اشتركا على أن ما اشتريا فهو بينهما؛ لأنهما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما، علم أنهما أرادا الشركة؛ لأن الوكالة فى العادة لا تقع من الطرفين، والشركة لا تفتقر إلى تسمية ما يشتريانه، ولا إلى ذكر الوقت، بخلاف الوكالة، إذا فوض الرأى إلى الوكيل مطلقًا فيما يشتريانه، مثل أن يقول: ما اشتريت من شىء فهو جائز، حيث لا بد فيها من ذكر الوقت، نحو أن يقول: اليوم، أو شهر كذا، أو يذكر مبلغ الثمن، أو نوع ما يشتريه، كالبر والدقيق؛ لأن هذه الوكالة وإن جرى مجرى الشركة بتفويض الذى فيه إلى الوكيل، حتى احتملت الجهالة، إلا أنها وكالة حقيقة، ومن حكم الوكالة الخصوص، حتى إن من قال لغيره: وكلتك فى هذا المال، كان وكيلا بالحفظ، إلا أنا لو جوزناها مطلقة من غير تخصيص، جعلناها شركة من كل وجه، وإنها ليست بشركة من كل وجه، فقلنا: إذا وقت المدة، أو سمى النوع، أو الثمن، فقد ظهر معنى الخصوص من وجه، فيجوز، وإن أطلق لا يجوز.

١٠٤٣٩- وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجلين قالا: ما اشترينا من شىء فهو بيننا نصفان، فهو جائز، وذكر عين هذه المسألة فى موضع آخر من "المنتقى" عن أبى يوسف، وقال: إذا قالا: أردنا بهذا الكلام الشركة، فهو جائز، وإلا فهو باطل.

١٠٤٤٠- وفيه أيضًا: الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فى رجل قال لآخر: ما اشتريت من أصناف التجارة، فهو بينى وبينك، فقبل ذلك صاحبه، فهو جائز، وكذلك إذا قال: اليوم، وما اشترى فى ذلك اليوم كان بينهما نصفان، وكذلك لو قال كل واحد منهما لصاحبه، ولم يوقتا.

١٠٤٤١- وكذلك إذا قال: ما اشتريت من الدقيق، فهو بينى وبينك، وليس لواحد منهما أن يبيع حصة صاحبه بما اشترى، إلا بإذن صاحبه؛ لأنهما اشتركا فى الشرى، لا فى

البيع.

١٠٤٤٢- ولو قال: إن اشتريت اليوم عبدًا، فهو بينى وبينك، فالشركة باطلة، ولو قال: عبدًا خراسانيًا، فهو جائز.

١٠٤٤٣- وفيه أيضًا بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لآخر: ما اشتريت من شىء، فهو بينى وبينك [فقال: نعم، قال: هذه الشركة غير مسماة، ولا معلومة. وإن قال: ما اشتريت اليوم من شىء، فهو بينى وبينك][(١)]، فهذا جائز، وكذلك إن وقت سنة، وإن لم يوقت وقتًا، إلا أنه وقت من المشترى مقدارًا، بأن قال: ما اشتريت من الحنطة إلى كذا، فهو بينى وبينك، فهذا جائز.

١٠٤٤٤- وإن سمى صنفا من النوع، ولم يبين فيه وقتا من الأيام، ولا من المقدار، فقال: ما اشتريت من الحنطة من قليل، أو كثير، فهو بينى وبينك، ولم يوقت ثمنًا، فإن هذا لا يجوز، وكذلك الدقيق والأشياء كلها.

١٠٤٤٥- وكذلك إذا قال: ما اشتريت فى وجهك هذا، فبينى وبينك، وقد خرج فى وجه، أو قال بالبصرة، فهو باطل، حتى يوقتا ثمنًا، أو بيعًا، أو أيامًا.

١٠٤٤٦- إذا قال الرجل لغيره: اشترِ عبد فلان بينى وبينك، فقال المأمور: نعم، ثم ذهب، وأشهد وقت الشراء أنه يشتريه لنفسه خاصة، فالعبد بينهما على الشركة؛ لأنه وكيل من جهة الآمر فى شراء نصف العبد، والوكيل لا يعزل نفسه بغير علم الموكل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى "المجرد": إذا أمره بشراءه، فسكت، ولم يقل: نعم، ولا لا، حتى قال عند الشراء: اشتريت لنفسى، يكون له، ولو قال: أشهدوا أنى اشتريته لفلان كما أمرنى، ثم اشتراه، كان للآمر، فإن اشتراه، وسكت عند الشراء، ثم قال بعد الشراء: اشتريتها لفلان الآمر، كان لفلان إذا كان سليمًا. ولو قال ذلك بعد ما حدث به عيب، لم يقبل قوله، إلا أن يصدقه الآمر.

١٠٤٤٧- ولو أن رجلا أمر رجلا أن يشترى له عبد فلان بينه وبينى، فقال المأمور: نعم، ثم لقيه رجل آخر، فقال: اشترى عبد فلان بينى وبينك، فقال: نعم، ثم اشتراه المأمور، فهو بين الآمرين، ولا شىء للمأمور من العبد؛ لأن الأول أمره بشراء نصف العبد له، وصار المأمور بحال لا يملك شراء ذلك النصف حال غيبة الآمر، ما بقيت الوكالة، فلا يملك الشراء لغيره من الطريق الأولى، فانصرفت الوكالة الثانية إلى النصف الآخر الذى يملك الوكيل

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

الشراء لنفسه وتغير، تصحيحًا للوكالة الثانية، فصار النصف الآخر مستحقًا للثانى، والنصف الأول كان مستحقًا للأول، فخرج المأمور من البين. قالوا: وهذا إذا قبل الوكالة من الثانى بغير محضر من الأول، وأما إذا قبل الوكالة بمحضر من الأول، يكون العبد بين الآمر الثانى، وبين المأمور نصفان، وهكذا ذكر فى "المنتقى".

وهذا لأنه لما قبل الوكالة من الثانى، يكون العبد بينه وبين الثانى نصفين، فقد عزل نصفه عن الوكالة، والوكيل يملك عزل نفسه حال حضرة الموكل، ولا يملك ذلك حال غيبته.

١٠٤٤٨- ولو لقيه ثالث بعد ذلك، وقال له: اشترِ عبد فلان بينى وبينك، فاشتراه، كان العبد بين الأولين، ولا شىء للثالث. قال فى "العيون": وهذا إذا قبل الوكالة من الثالث بغير محضر من الأول والثانى، فالعبد بين الثالث والمشترى، ولا شىء للأول، ولا للثانى.

١٠٤٤٩- فى "المنتقى": قال هشام: سمعت محمدًا رحمه الله تعالى يقول فى رجل أمر رجلا أن يشترى ثوبًا موصوفًا بعشرين درهمًا بينى وبينه على أن أنقدنا الدراهم، فهو جائز، وهو بينهما، والشرط باطل.

١٠٤٥٠- فيه أيضًا: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: قال لرجل: اشتر جارية فلان بينى وبينك، على أن أبيعها أنا، قال: الشرط فاسد، والشركة جائزة، قال: وكذلك كل شرط فاسد فى الشركة الفاسدة، ولو قال: على أن تبيعها، كان هذا جائزًا، وهى مشتركة بينهما يبيعانها على تجارتها.

فى "المنتقى": قال هشام: سمعت أبايوسف رحمه الله تعالى يقول فى رجل قال لآخر ليس له شىء: تعال، فمعى عشرة آلاف، فخذها شركة تشترى بينى وبينك، قال: هو جائز، والربح والوضيعة عليهما.

١٠٤٥١- ومما يتصل بهذا الفصل: إذا اشترى الرجل شيئًا، وقال له آخر: أشركنى فيه، فأشركه، فهذا بمنزلة البيع، فإن كان قبل قبض الذى اشترى، لم يصح؛ لأن الشركة تقتضى التسوية، فمعنى قوله: أشركتك فيه، سويتك بنفسى فيه، وذلك بتمليك النصف منه، فهو معنى قولنا: إنه بمنزلة البيع، وبيع المشترى قبل القبض لايجوز، وإن كان ذلك بعد القبض، فإن عرف مقدار الثمن جاز، وإن لم يعرف، فهو بالخيار إذا عرف. من أصحابنا رحمه الله تعالى من يقول: البيع فاسد لجهالة الثمن، فإذا صار معلومًا، يرتفع الفساد.

ومنهم من قال: البيع صحيح؛ لأن الثمن معلوم فى نفسه، وإن لم يعرف المشترى فهو كشراء ما لم يرَه يصح؛ لأنه معلوم فى نفسه، وإن جهله المشترى.

ولو قبض النصف دون النصف، فاشترك فيه رجلان، لم يجز فيما لم يقبض، وجاز فيما قبض، وله الخيار فى تفرق الصفقة عليه.

١٠٤٥٢- رجلان اشتريا عبدًا، وأشركا فيه رجلا، فهذه المسألة على وجهين: إما إن اشتركاه على التعاقب، بأن قال له أحدهما: أشركتك فى هذا العبد، ثم قال له الآخر مثل ذلك، وفى هذا الوجه كان العبد لذلك الرجل، ولكل واحد من الرجلين ربعه، وإن اشتركاه معًا، بأن قالا جملة: أشركنا فى هذا العبد، كان للرجل ثلث العبد استحسانًا.

١٠٤٥٣- ولو أشرك أحد الرجلين فى نصيبه، ونصيب صاحبه، فأجاز صاحبه، كان لذلك الرجل النصف، وإن لم يجز، فله نصف نصيب المشترك، وهو الربع؛ لأن إشراكه فى نصيبه نفذ فى الحال، ونصيب الشريك على الإجازة، وعند الإجازة يصير مشتركًا له فى نصيبه، وكأن كل واحد منهما أشركه فى نصيبه بعقد على حدة.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "النوادر": أن للرجل ثلث العبد إن أجاز شريكاه، وإن لم يجز فله سدس العبد من نصيب المشرك، و وجهه أن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء، ولو شرك أحدهما فى كل العبد بإذن صاحبه، كان للرجل ثلث العبد، كذا ههنا.

١٠٤٥٤- رجل اشترى عبدًا وقبضه، فقال له رجل: أشركنى فيه، ففعل، ثم لقيه آخر، فقال له مثل ذلك، فإن كان الثانى يعلم بمشاركة الأول، فله ربع العبد، وإن كان لا يعلم، فللثانى نصف العبد، وللأول النصف، وخرج المشترى من البين؛ لأنه إذا لم يعلم بمشاركة الأول، يكون طالبًا للإشراك فى جميع العبد، وإذا علم، يكون طالبًا للإشراك فى نصيبه خاصة، وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فى "المجرد": للثانى ربع العبد، علم بمشاركة الأول، أو لم يعلم.

١٠٤٥٥- وإذا اشترى نصف العبد وقبضه، فقال له رجل: أشركنى فيه، وهو يرى أنه اشترى الكل، ففعل، فله جميع النصف الذى اشتراه المشترى، وإن كان يعلم أنه اشترى النصف، فله نصف، وهو بناء على ما قلنا فى المسألة المتقدمة.

١٠٤٥٦- ولو كان رجل فى يده حنطة يدعيها، فأشرك رجلا فى نصفها، فلم يقبض، حتى أحرق نصف الطعام، فإن شاء المشترك أخذ نصف ما بقى، وإن شاء ترك، وكذا البيع فى هذا الوجه؛ لأن الشركة والبيع وقعا على نصف الطعام، فما هلك يهلك على الحقين، وما بقى يبقى على الحقين، وله الخيار إذا كان قبل القبض لتفرق الصفقة عليه. ولو استحق نصف الطعام اختلف الشركة والبيع، فكان البيع على النصف الباقى، وكان الإشراك فى نصف ما لم

يستحق، فكان ذلك النصف بينهما؛ لأن بالاستحقاق تبين أن الطعام كان مشتركًا، والشركة تقتضى التساوى، وإنما يتحقق التساوى إذا كان الباقى بينهما، بخلاف البيع؛ لأن البيع لا يقتضى التساوى فانصرف إلى النصف الباقى.

وفى "النوادر": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن الشركة والبيع سواء، وله النصف، كما فى الشركة والبيع جميعًا.

١٠٤٥٧- وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: فى رجل قال لآخر: اشتر هذا العبد، وأشركنى فيه، فقال: نعم، ثم اشتراه، فهو بينهما، وكذلك قال أبو يوسف، وهذا استحسان.

١٠٤٥٨- اشترى عبدًا بألف، وقبضه، ثم قال لرجل: قد أشركتك، فلم يقل الرجل شيئًا، حتى قال لآخر: أشركتك فيه، ثم قالا: قد قبلنا، فالعبد بينهما، لكل واحد النصف، وخرج المشترى من البين، بمنزلة ما لو قال رجل لآخر: بعتك نصف عبدى هذا بخمس مائة، فلم يقل الرجل شيئًا، حتى قال لآخر: بعتك نصف عبدى هذا بخمس مائة، فقالا: قد قبلنا، كان لكل واحد منهما نصف العبد بخمس مائة.

١٠٤٥٩- اشترى حنطة، وأعطى على طحنها درهمًا، ثم أعطى على خبزها درهمًا، فأشرك رجلا فى الخبز، أعطاه المشرك نصف ثمن الحنطة ونصف النفقة، وكذلك هذا فى القطن وغزله وحياكته، وفى السمسم، وعصره، فإذا كان هو الذى طحن وخبز، أو غزل ونسج، ولم يعطِ عليه أجرًا، وباقى المسألة بحالها، فعليه نصف الثمن، لا غير، ولا شىء عليه لعمله، فى "المنتقى".

الفصل الثالث
فى المفاوضة

١٠٤٦٠ - هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه فيما يوجب بطلانها بعد صحتها. إذا اشتريا بأحد المالين[1] شيئًا، ففى القياس تبطل المفاوضة؛ لأن المشترى صار بينهما نصفان، والآخر مختص بملك رأس ماله؛ لأن رأس مال كل واحد منهما قبل الخلط باقى على ملكه، فتنعدم المساواة، وفى الاستحسان: لا تبطل المفاوضة، لأن المساواة لا تنعدم؛ لأن الآخر إن ملك نصف المشترى، فقد صار نصف الثمن مستحقًا عليه لصاحبه، أو لأنه وإن انعدم المساواة، فالتحرز عنه غير ممكن عادةً، فإنهما أقل ما يجدان شياء واحداً يشتريانه بمالهما، فلا بد من أن يكون المشترى بأحد[2] المالين سابقًا.

١٠٤٦١ - إذاكان رأس مالهما على السواء يوم الشركة، حتى صحت المفاوضة، ثم صار فى أحدهما فضل قبل أن يشتريان، بأن ازدادت قيمة أحد النقدين بعد عقد المفاوضة قبل الشراء انتقضت المفاوضة؛ لأن عقد الشركة ليس بلازم، فلبقاءه حكم الابتداء ما لم يتم المقصود، وإنما يتم المقصود بالشراء، فتجعل الزيادة قبل الشراء بمنزلة الزيادة وقت العقد[3].

وقال محمد رحمه الله تعالى: وكذا إذا اشترى بأحد المالين وزاد الآخر؛ لأن المقصود لم يتم فيما لم يشتريه، فصار كأن الزيادة كانت موجودة فيه فى الابتداء، فإن حصل الفضل بعد الشراء، وكذلك إذا وقع الشراء بأحد المالين، وزاد الذى وقع الشراء به بعد ذلك لا تنتقض المفاوضة.

١٠٤٦٢ - وإذا هلك أحد المالين، ثم هلك الآخر قبل الشراء، انتقضت الشركة؛ لأنه باقى على ملك صاحبه، فإذا هلك، فقد فات محل العقد، فيبطل العقد.

فإن اشترى الآخر بعد ذلك بماله، ذكر هذه المسألة فى الأصل فى بعض المواضع أن

---

(١) وفى "ف": بأخذ المالين.

(٢) هكذا فى "ظ" و "م" و "ف"، وكان فى الأصل و "ف": بأخذ.

(٣) وفى "ف": وبهذا الطريق قلنا: يورث أحد المتفاوضين مالم يصلح أن يكون رأس المال المشترى قبل الشراء نقضت المفاوضة؛ لأن عقد الشركة ليس بلازم، فلبقاءه حكم الابتداء ما لم يتم المقصود بالشراء، فجعل الزيادة قبل الشراء بمنزلة الزيادة وقت العقد.

المشترى له خاصة، وذكر فى بعض المواضع أن المشترى مشترك بينهما، وذكر هذه المسألة فى "شرح القدورى"، وجعلها على وجهين: إما أن يشترطا فى عقد الشركة أن كل ما يشترى به واحد منا، فهو بيننا، وفى هذا الوجه كان المشترى مشتركًا بينهما، ولكن شركة مال، وأما إن لم يشترطا فى عقد الشركة أن كل واحد منهما، فهو بينهما، وفى هذا الوجه كان المشترى لصاحب المال خاصة.

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرحه: ما ذكر فى "الأصل" فى بعض المواضع: أن المشترى له خاصة محمول على ما إذا أطلقا عقد الشركة [فلم يشترطا أنما يشتريه كل واحد منا فهو بيننا، وما ذكر فى بعض المواضع: أن المشترى مشترك بينهما محمول على ما إذا اشترطا فى عقد الشركة][1] أن ما يشتريه كل واحد [منا فهو مشترك بيننا، كما ذكره "القدورى". وهذا لأنهما إذا اشترطا فى عقد الشركة أن ما يشتريه كل واحد منا][2]، فهو بيننا، فبهلاك أحد المالين إن بطلت الشركة [لم تبطل الوكالة، فيكون المشترى بينهما، ولا كذلك ما إذا أطلق عقد الشركة][3].

وإن لم يملك واحد من المالين، حتى اشتريا شيئًا بأحد المالين، ثم هلك الآخر، هلك على صاحبه، وانتقضت الشركة فى الهالك، ويكون المشترى مشتركًا بينهما، وهذا كما ذكره القدورى؛ لأن الشركة كانت قائمة حيث اشتريا بأحد المالين، وصار المشترى مشتركًا بينهما، فلا يتغير ذلك بهلاك مال الآخر بعد ذلك.

١٠٤٦٣- قال أبو الحسن: المشترى مشترك بينهما شركة ملك حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا فى حصته، وقال محمد رحمه الله تعالى: المشترى بينهما شركة عقد حتى ينفذ بيع أحدهما فى جميعه؛ لأن المشترى مشترك بينهما شركة عقد، وانتهى الشركة قدر نهايتها، فلا يتغير هذا الحكم بهلاك المال الآخر بعد ذلك بشراء بجنس ما فى يده، حتى إذا كان فى يده مكيلا، أو موزونًا، واشترى بذلك الجنس، جاز، وإن اشترى بما ليس فى يده من ذلك الجنس، بأن اشترى بالدراهم، أو بالدنانير، وليس فى يده دراهم، ولا دنانير، كان المشترى خاصًا للمشترى، ولا يجوز شراءه على الشركة، إذ لو جاز ذلك، صار مستدينًا على شريكه، وهو لا يملك ذلك، إلا بإذن شريكه، إذ لو ملك ذلك يزيد مال الشركة على مال انعقدت به

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الشركة، والشريك لم يرض بذلك، فأما إذا كان فى يده من جنس ذلك، فهذا ليس باستدانة. وروى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا كان فى يده دنانير، فاشترى بدراهم، جاز؛ لأنهما كالنقد الواحد، فكأنه اشترى بجنس ما فى يده.

١٠٤٦٤- وأما[1] إذا أنكر أحد المتفاوضين المفاوضة، انفسخت المفاوضة، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى أول باب الخصومة [بين المتفاوضين] ويجب أن يكون الحكم فى جميع الشركات هكذا.

١٠٤٦٥- وإذا فسخ أحد الشريكين الشركة، ومال الشركة أمتعة، صح الفسخ، بخلاف المضاربة، هكذا ذكر فى "الأصل". وذكر الطحاوى: أنه لا يصح الفسخ، وجعلها بمنزلة المضاربة. وهذا إذا فسخ بحضرة صاحبه، فأما إذا فسخ بغيبة صاحبه، ولم يعلم صاحبه بالفسخ، لا يصح الفسخ، سواء كان رأس المال أمتعة، أو كان دراهم.

١٠٤٦٦- ولو مات أحد الشريكين، انفسخت الشركة، علم الشريك بموته، أو لم يعلم، ولو كان الشركاء ثلاثة، مات واحد منهم، حتى انفسخت الشركة فى حقه، لا تنفسخ فى حق الباقين.

وإذا قال أحد الشريكين لصاحبه: لا أعمل معك بالشركة، فهذا بمنزلة قوله: ناسختك الشركة.

١٠٤٦٧- وفى "المنتقى": ثلاثة نفر متفاوضون، غاب أحدهم، وأراد الآخران أن يناقضا، فليس لهما ذلك. وإذا ورث أحد المتفاوضين ما تصح به الشركة، كالدراهم والدنانير، وصارت فى يده، بطلت المفاوضة، وإن ورث عروضًا، أو ديونًا، تبطل المفاوضة، ما لم يقبض الديون. وإن آجر أحدهما عبدًا له خاصة، أو باع، لم تبطل المفاوضة ما لم يقبض المديون، وهذا لأن المفاوضة ليست بلازمة، وما ليس بلازم من العقود فلدوامه حكم الابتداء، فصارت المفاضلة فى حالة الدوام كالمفاضلة فى ابتداء الشركة، ثم المفاضلة فى النقود فى ابتداء العقد يمنع انعقاد المفاوضة، فيمنع نفاذه، والمفاضلة فى العروض والديون لا يمنع ابتداءها، فلايمنع بقاءها فى كل موضع فقد شرط من شروط المفاوضة، وذلك ليس بشرط فى العنان، كأن الشركة شركة عنان؛ لأن المفاوضة أعم من العنان، فيجوز إثبات العنان بلفظ المفاوضة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع منه
في تصرف أحد المفاوضين في مال المفاوضة:

١٠٤٦٨- قال محمد رحمه الله تعالى: لكل واحد من المتفاوضين أن يشترى بجنس ما في يده، حتى إذا كان ما في يده [مكيلا أو موزونا، فاشترى بذلك الجنس، جاز، وإن اشترى بما ليس في يده][1] من ذلك الجنس، بأن اشترى بالدنانير أو الدراهم، وليس في يده دراهم ولا دنانير، كان المشترى خاصة للمشترى، ولايجوز شراءه على الشركة، إذ لو جاز ذلك، يزيد مال الشركة على مال انعقدت به الشركة، والشريك لم يرضَ بذلك، فأما إذا كان في يده من جنس ذلك المال، فهذا ليس باستدانة.

١٠٤٦٩- وروى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا كانت في يده دنانير، فاشترى بدراهم، جاز؛ لأنها كالنقد الواحد، فكأنه اشترى بجنس ما في يده.

١٠٤٧٠- وفي "الأصل": أحد المتفاوضين أن يكاتب عبدًا من تجارتهما، وله أن يأذن له في التجارة، أو في أداء الغلة، أما الإذن في التجارة، وأداء الغلة؛ فلأنه من جملة التجارة، وأما الكتابة؛ فلأنها اكتساب، ولهذا ملكها الأب، والوصي في مال اليتيم، واكتساب المال داخل تحت المفاوضة كالتجارة، وليس له أن يعتق عبدًا من تجارتهما على مال؛ لأن العتق على مال ليس بتجارة، ولا هو اكتساب المال؛ لأن الملك يزول ببدل في ذمة مفلس.

١٠٤٧١- وله أن يزوج أمة من تجارتهما، وليس له أن يزوج عبدًا من تجارتهما؛ لأن تزويج الأمة اكتساب المال، بخلاف تزويج العبد.

وإن زوج أمة من تجارتهما عبدًا من تجارتهما، لا يجوز استحسانًا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وكذلك المكاتب إذا زوج أمة من كسبه عبدًا من كسبه لا يجوز استحسانًا، وكذلك إذا زوج أمة اليتيم من عبد اليتيم استحسانًا.

وله أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال، ويجوز عليه وعلى شريكه، سواء بإذن شريكه أو بغير إذن شريكه.

١٠٤٧٢- في "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا شارك شركة مفاوضة بغير محضر من صاحبه، كان عنانًا، لا مفاوضة، وإن فعل ذلك بحضرة شريكه، وشريكه يقول: لا أرضى، فهذه مفاوضة بين الأولين، والذي فاوض بينهما مفاوض للذي فاوضه، وإن شاركه شركة مفاوضة، إن كان بإذن شريكه، جاز، مفاوضة عليهما، وإن كان بغير إذن

---
(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

شريكه، لم تكن مفاوضة، وكانت عنانًا، وليس له أن يفاوض، هكذا ذكر شيخ الإسلام في باب بضاعة المفاوض.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في هذ الباب: أن له أن يفاوض، وذكر بعد هذا: وقال أبويوسف: لا يجوز للمفاوض أن يفاوض.

١٠٤٧٣- في "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في متفاوضين شارك أحدهما رجلا شركة عنان في الرقيق، فهو جائز، وما اشترى هذا الشريك من الرقيق، فنصفه للمشتري، ونصفه بين المتفاوضين نصفين؛ لأن شركة أحد المتفاوضين جائزة عليهما.

ولو أن المفاوض الذي لم يشاركه اشترى عبدًا، كان نصفه لشريكه، ونصفه بين المتفاوضين نصفين، ويجوز له أن يرهن مال المفاوضة بدين على المفاوضة؛ لأن الرهن إيفاء.

١٠٤٧٤- وكذلك لو رهن متاعًا من خاصة متاعه بدين المفاوضة، ولم يكن متبرعًا، ويرجع على شريكه بنصف الدين، إن كان الرهن قد هلك في يد المرتهن، ولو كان الدين على أحد المتفاوضين خاصة من مهر امرأة، وأرش جنايته، ورهن بذلك مالا من تجارتهما، فإن ذلك جائز عليه، وعلى شريكه حتى لم يكن لشريكه أن يسترده من يد المرتهن.

١٠٤٧٥- وإذا هلك الرهن في يد المرتهن، رجع عليه شريكه بنصف الدين [ولا يرجع بالزيادة على قدر الدين؛ لأن الزيادة على قدر الدين أمانة، ولأحد المتفاوضين أن يودع، وإن كان الدين][1] من تجارتهما على رجل، فارتهن به أحدهما، فهو جائز، سواء كان هو الذي يلي المبايعة، أو صاحبه؛ لأن الارتهان استيفاء.

١٠٤٧٦- وكل واحد من المتفاوضين وكيل عن صاحبه في استيفاء الدين الواجب بتجارته، ولأحد المتفاوضين أن يعير مال المفاوضة، وأن يهدي الطعام المهيأ من مال المفاوضة، وأن يدعو إليه استحسانًا، يريد بقوله: يدعو إليه، بأن يتخذ دعوة، وإنما كان له ذلك؛ لأنه من صنيع التجارة، والتجار لا يجدون بدًا منه، ألا ترى أن العبد المأذون يملك ذلك.

ولم يقدر في الدعوة تقديرًا، وقد قال: إن المكاتب يتصدق بما دون الدرهم، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: التقدير في الصدقة تقدير في الضيافة. ومنهم من فرق بينهما، فقال: الصدقة بما دون الدرهم ممكن، فأما اتخاذ الضيافة، والإهداء قد لا يتهيأ بما دون الدرهم، فقد تقع الحاجة إلى الإهداء إلى الجماعة، وإلى اتخاذ الدعوة لجماعة، فكان التقدير مفوضًا إلى العرف، فما يعده التجار فيما بينهم سرفًا، لا يملكه المفاوض، وما لا يعده

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

التجار فيما بينهم سرفًا، يملكه المفاوض.

١٠٤٧٧- ثم إنما يملك الإهداء بالمأكول من الفاكهة، واللحم، والخبز [ولا يملك][1] الإهداء بالذهب والفضة؛ لأنا إنما أدخلنا الإهداء فى الشركة بعرف التجار، وعرفهم فى إهداء المأكول.

ثم ذكر اللحم فى الكتاب، ولم يفصل بين المشوى والنىّ، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: أراد به المشوى، إلا أن محمداً رحمه الله تعالى أطلق ولم يقيد.

١٠٤٧٨- وإذا أعار أحد المتفاوضين دابة من المفاوضة من رجل، فركبها المستعير، ثم اختلفا فى الموضع الذى ركبها إليه، وقد عطبت الدابة، فقال أحدهما: أنا المعير، وأما شريكه أنه جاوز الوقت، وقال الآخر: إنه لم يجاوزه، وكانت الإعارة إلى هذا المكان، فلا ضمان على المستعير؛ لأن قول أحدهما فى ما يدخل تحت المفاوضة [كقولهما، والإعارة دخلت تحت المفاوضة][2]، فصار قول أحدهما: إن الإعارة إلى هذا المكان كقولهما.

أو لو قال: الإعارة كانت إلى هذا المكان، لا ضمان على المستعير، كذا هنا.

١٠٤٧٩- ولأحد المتفاوضين أن يودع مال المفاوضة؛ لأنه من توابع التجارة.

١٠٤٨٠- فإن ادعى المودع أنه قد ردها إليه، أو إلى صاحبه، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه مسلط على الرد على كل واحد منهما، فإنه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه فى الإيداع، فكذا فى استرداده، فإن جحد الذى ادعى عليه ذلك، لم يضمن شريكه بقول المودع؛ لأن بقول المودع يثبت الدفع إليه فى حق براءة المودع عن الضمان، لا فى حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه، ولكن يحلف بالله ما قبضه؛ لأن شريكه يدعى عليه ضمان نفسه، وجحوده القبض.

١٠٤٨١- قال: ولو مات أحدهما، ثم ادعى المستودع أنه قد كان دفعها إلى الميت منهما، فلا ضمان على المودع؛ لأنه بقى أمينًا بعد قول الأمين، وقول الأمين فى رد الأمانة مقبول. وإن ادعى أنه دفعها إلى ورثة الميت منهما، فكذبوه، وحلفوه على دعواه[3]، فهو ضامن بالنصف حصة الحى من ذلك؛ لأن فى نصيب الميت إن كان له حق الدفع إلى ورثته، فأما ليس له أن يدفع نصيب الحق إلى ورثة الميت؛ لأن ورثة الميت خلف الميت فى حقه خاصة.

---

(١) هكذا فى النسخ، وكان فى الأصل: ولا تمليك.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى "ظ": دعواهما.

١٠٤٨٢- وليس لأحدهما أن يقرض شيئًا من مال المفاوضة. في ظاهر الرواية، قالوا: وينبغي أن يكون له الإقراض بما لا خطر للناس فيه، وذكر الحسن: أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لأحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل يأخذ منه سفتجة له، وله أن يبضع، وأن يدفع المال مضاربة، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة.

فإن أبضع أحدهما، ثم اتفق المفاوضان أن يتفاسخا المفاوضة، ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئًا، فإن علم بتفرقهما، فالمشتري للمبضع وحده، وإن لم يعلم بتفرقهما، كان المشتري للمبضع ولشريكه؛ لأن الإبضاع توكيل، وصح ذلك من أحدهما عليهما، والإفراق عزل منهما إياه، وحكم العزل [قصدا لايثبت][1] في حق الوكيل قبل علمه.

١٠٤٨٣- قال "القدوري": ولأحد المتفاوضين أن يسافر بالمال بغير إذن شريكه، هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وروى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه ليس له ذلك، وهو قول أبو يوسف، وروى عن أبي يوسف: أنه فرق بين ما له حمل ومؤنة، وما لا حمل له، ولا مؤنة، فجوز المسافرة بما لا حمل له، ولا مؤنة.

ثم إذا سافر على قول من جوز المسافرة، أو أذن له الشريك بذلك، فله أن ينفق على نفسه في كراءه، ونفقته وطعامه وأدامه من جملة رأس المال، روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فإن ربح حسبت النفقة منه، وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال. وإنما وجبت النفقة في مال الشركة للعرف الظاهر فيما بين التجار في الإنفاق من مال الشركة، إذا كان السفر لأجل مال الشركة.

نوع آخر منه في تصرف أحد المتفاوضين في عقد صاحبه وفيما وجب بعقد صاحبه:

١٠٤٨٤- إذا أقال أحدهما في بيع باعه الآخر، جازت الإقالة عليهما، وكذلك إذا قال أحدهما في سلم باشره صاحبه؛ لأن الإقالة بمعنى البيع في تحصيل الربح، فإن الربح قد يحصل بالعقد مرة، وبالإقالة أخرى، فإذا نفذ عقد أحدهما على صاحبه، فكذا الإقالة.

١٠٤٨٥- وإذا باع أحد المتفاوضين شيئًا بالنسيئة، ومات، فليس للآخر أن يطالب المشتري بشيء؛ لأنه لو طالبه طالبه بحكم الشركة؛ لأنه ليس بعاقد، والشركة انقطعت

---

(١) هكذا في "ف"، وكان في الأصل و"ظ" و"م": فقد لا ثبت.

بالموت، ولكن لودفع نصف الثمن إليه، برئ منه استحسانًا؛ لأنه ملكه، ألا ترى أن المشترى لو دفع الثمن إلى الموكل، برئ منه استحسانًا، كذا ههنا.

ولو باع أحد المتفاوضين شيئًا من مال تجارتهما، ثم أن البائع وهب الثمن من المشترى، أو أبرأه منه، جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويضمن نصيب شريكه، وقال أبويوسف: يصح في حصته خاصة، كالوكيل الخاص إذا وهب الثمن من المشترى، أو أبرأه منه، وإن وهبه الآخر، وأو أبرأه منه، جاز [استحسانًا][1] في نصيبه، ولم يجز في نصيب صاحبه إجماعًا.

١٠٤٨٦- وإذا أخر أحد المتفاوضين دينًا وجب لهما، جاز تأخيره في نصيبه، وفي نصيب صاحبه بالإجماع، سواء وجب الدين بعقد المؤخر، أو بعقدهما؛ لأن التأخير من توابع التجارة [ولا يجد التاجر منه بدًّا، وقد جعل فعل أحدهما في التجارة كفعلهما، فكذا في توابع التجارة][2].

١٠٤٨٧- وذكر في "المنتقى": وإذا كان على المتفاوضين دين إلى أجل، فأبطل أحدهما الأجل، بطل، وحل المال عليهما جميعًا، ولو مات أحدهما، حل على الميت حصته، ولم يحل على الآخر؛ لأن بموت أحدهما بطلت المفاوضة، فإنما حل المال على الميت بعد انتقاض المفاوضة.

١٠٤٨٨- وفيه أيضًا: المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا كان لرجل على المتفاوضين مال، فأبرأ أحدهما عن حصته، فهما يبرأن جميعًا من المال كله.

١٠٤٨٩- وإذا اشترى أحدهما شيئًا من تجارتهما، فوجد الآخر به عيبًا، كان له أن يرده بالعيب على أيهما شاء؛ لأن شراء أحدهما جعل كشراءهما حكمًا، فكان للآخر أن يرده، كما لو وجد الشراء منه حقيقة.

١٠٤٩٠- وكذلك لو باع أحدهما شياء من شركتهما، ثم وجد المشترى به عيبًا، كان للمشترى أن يردها بالعيب على الشريك الآخر؛ لأن البيع وجد من الآخر حكمًا.

١٠٤٩١- ولو وكل أحد المتفاوضين رجلا أن يشترى جارية بعينها، أو بغير عينها، بثمن مسمى، ثم إن الآخر نهى الوكيل عن ذلك، فنهيه جائز؛ لأن عزل الوكيل من صنيع التجار، كالتوكيل، ثم جعل فعل أحدهما في التوكيل كفعلهما، فكذا في العمل، فإن اشتراها الوكيل

---

(١) أثبتت هذه الكلمة من "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بعد ذلك فهو مشترٍ لنفسه؛ لأن الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما إياه، وإن لم ينهه عن ذلك حتى اشتراها، كان مشتريًا لهما جميعًا، ويرجع بالثمن على أيهما [شاء].

١٠٤٩٢- إذا باع أحد المتفاوضين شيئًا من متاع المفاوضة، ثم افترقا، ولم يعلم المشترى بافتراقهما، كان له أن يدفع جميع الثمن إلى أيهما شاء؛ لأن المشترى صار وكيلا من جهة العاقد بتسليم جميع ما عليه إلى شريكه حالة المفاوضة، وافتراقهما عن المفاوضة عزل له عن ذلك، فلا يعمل بدون علمه، وإن علم بذلك، لم يكن له أن يدفع جميع الثمن إلا إلى العاقد، ولو دفع إلى الشريك الآخر، برئ عن النصف.

١٠٤٩٣- ولو وجد المشترى بالعبد عيبًا، لم يرده إلا على العاقد؛ لأن الرد على الآخر حال قيام المفاوضة، وقد انقطعت المفاوضة.

١٠٤٩٤- وإن خاصم المشترى البائع فى العيب حال قيام المفاوضة، ورد عليه، وقضى له بالثمن، أو بنقصان العيب عند تعذر الرد، ثم افترقا، كان له أن يأخذ أيهما شاء؛ لأن هذا دين لزم أحدهما حال قيام الشركة، وصار الآخر مطالبًا بحكم الكفالة، فلا يبطل حق صاحب الدين بالمفارقة.

١٠٤٩٥- ولو استحق العبد بعد الافتراق، و قد كان نقد الثمن كله قبل الافتراق، فللمشترى أن يرجع بالثمن على أيهما شاء، بخلاف الرد، فإن الرد بالعيب لوحصل بعد المفارقة، يرجع المشترى بالثمن على البائع، ولا يرجع على الشريك الآخر.

والفرق فى أن الاستحقاق تبين أن الثمن كان واجبًا قبل الافتراق؛ لأنه قبض ما ليس له قبضه، وما يجب على أحدهما قبل المفارقة، يطالب الآخر به بعد المفارقة [أما بالرد لا يتبين أن الثمن كان واجبًا قبل المفارقة، وإنما يجب بعد المفارقة][1] مقصودًا على حالة الرد، وما يجب بعد المفارقة على أحدهما، لايطالب به الشريك الآخر.

١٠٤٩٦- ولو آجر أحد المتفاوضين عبدًا من تجارتهما، كان للشريك الآخر أن يطالب المستأجر بالأجر؛ لما ذكرنا أن فعل أحدهما فيما هو تجارة بمنزلة فعلهما، وللمستأجر أن يطالب الشريك الآخر بتسليم العبد؛ لأن التسليم مضمون على الآخر بعقد التجارة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بعقد التجارة.

١٠٤٩٧- وإن آجر أحدهما عبدًا له خاصة من الميراث، لم يكن [للآخر][2] أن يطالب

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) كذا فى نسخة "ظ"، وكان فى الأصل: لم يكن للأجير.

المستأجر بالأجر؛ لأن فعل أحدهما إنما جعل كفعلهما فيما هو من شركتهما، ألا ترى أنه لو باع هذا العبد، لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن، كذا هنا.

نوع آخر منه فيما يلزم كل واحد من المتفاوضين بحكم الكفالة عن صاحبه:

١٠٤٩٨- وإذا أقر أحد المتفاوضين بدين التجارة، جاز إقراره عليه، وعلى شريكه، وللمقر أن يطالب أيهما شاء، المقر بحكم إقراره، والشريك بحكم الكفالة، وكذلك ما يلزم أحدهما من دين في عقد تجارة، كالبيع والشراء، والاستئجار، يلزم صاحبه بحكم الكفالة، وكذلك البيوع الفاسدة. فأما ما يلزم أحدهما من ضمان غصب، أو استهلاك، أو خلاف في وديعة، أو عارية، لزم شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وكذا الإقرار بذلك، وقال أبويوسف رحمه الله تعالى: لا يلزم الشريك؛ لأن هذا ضمان وجب بسبب الخيانة، فشابه ضمان الجناية على الآدمي [ثم ما وجب على أحد المتفاوضين من ضمان الجناية على الآدمي][1] عمداً أو خطأً، لا يؤاخذ به شريكه، فكذا ههنا.

١٠٤٩٩- وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان: بأن ضمان الغصب يجرى مجرى ضمان التجارات، فإنه يثبت الملك في المضمون ببدل، وكذلك ضمان المستهلكات، ومن هذا الوجه صح إقرار العبد المأذون، والصبي المأذون، والمكاتب بذلك، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه في ضمان التجارات، بخلاف ضمان الجناية؛ لأنه لا يفيد الملك في المضمون، فلم يكن من جنس ضمان التجارة، إلا أن إقرار الضمان على الغاصب والمستهلك، حتى لو أدى شريكه الغاصب ذلك من خالص ملكه، يرجع بجميعه على الغاصب، وإن أدى من مال الشركة، رجع بنصفه على الغاصب؛ لأن منفعة الغصب حاصل للغاصب على الخصوص، وهو إثبات اليد والتمكن من الانتفاع، بخلاف الشرى الفاسد، فإن هناك لا يكون إقرار الضمان على المشتري خاصة، بل يكون عليهما؛ لأن منفعة الشرى الفاسد وهو الملك حاصلة لهما.

١٠٥٠٠- ولو كفل أحدهما بمال عن غيره، فذلك لازم لشريكه في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يلزم الشريك؛ لأن الكفالة تبرع، ولهذا لا تصح من المأذون والمكاتب، وإذا حصل من المريض، فيعتبر من الثلث،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وكل واحد منهما ليس بكفيل عن صاحبه فى التبرعات. ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الكفالة تبرع ابتداء بمعنى به حالة الوقوع، إلا أنها متى وقعت وصحت تنقلب مفاوضة، ألا ترى أن الكفيل يرجع بما يؤدى على المكفول عنه إذا كفل بإذنه؟ ولكونها تبرعًا وقوعًا لم يصح من العبد والصبى، وإذا وقعت الصحة، ووقع الفراغ عن اعتبار معنى الوقوع، ووجب اعتبار معنى البقاء ظهر معنى المفاوضة، فيلزم بحكم الكفالة.

١٠٥٠١- ولو كفل أحدهما بنفس، لم يؤخذ بذلك شريك فى قولهم جميعًا؛ لأنه لايظهر معنى المفاوضة فيها.

١٠٥٠٢- وإذا تزوج أحد المتفاوضين امرأة، لا يؤخذ شريكه بالمهر؛ لأن النكاح ليس بتجارة، ولا اكتساب مال، فلا تظهر الكفالة فى حقه، وكذلك لو صالحها عن نفقتها لا يلزم الشريك من ذلك شيء.

١٠٥٠٣- ولو كفل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر، أو أرش جناية، فهو بمنزلة كفالة بدين آخر، لا يؤاخذ به؛ لأن الواجب على المفاوض فى هذه الصورة بسبب الكفالة، لا بسبب الجناية والنكاح، والكفالة عقد مفاوضة.

١٠٥٠٤- ولو أقر أحد المتفاوضين لمن لا تقبل شهادته له بدين، بأن أقر لابنه، أو لأبيه، أو لأمه، وما أشبه ذلك، لم يصح إقراره فى حق شريكه، حتى لا يؤاخذ به شريكه فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما يجوز إقراره فى حقه، وفى حق شريكه، ما خلا عبده، ومكاتبه، وقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أظهر؛ لأنه متهم فى حق هؤلاء، ولهذا لا تجوز شهادته لهم، ألا ترى أنه لا يصح إقراره لعبده، ومكاتبه على شريكه، وإنما لا يصح؛ لما قلنا من التهمة.

١٠٥٠٥- وإذا افترق المتفاوضان، ثم قال أحدهما: كنت كاتبت هذا العبد فى الشركة، لم يصدق على ذلك فى حق الشريك؛ لأنه أقر بما لا يملك إنشاءه للحال، ولكن يصدق فى نفسه، ويجعل بعد ما يحلف على علمه؛ لأنه لو أقر بما أقر به شريكه، صار كل العبد مكاتبًا، فإذا أنكر، يستحلف. وإن قال: كنت أعتقت هذا فى الشركة، صح إقراره فى نصيبه، ولكن لا نشتغل بتحليف الآخر ههنا؛ لأنه لو أنشأ العتق فى حال بقاء الشركة، لا ينفذ عتاقه فى نصيب شريكه، فكذا إذا أقر بعد الافتراق، بخلاف الكتابة.

١٠٥٠٦- رجل سلم ثوبًا إلى خياط ليخيط بنفسه، وللخياط شريك فى الخياطة شركة مفاوضة، ثم افترقا، لم يكن لرب الثوب أن يأخذ الشريك الآخر بالخياطة؛ لأنه لو أخذ أخذ

بحكم الكفالة، والكفالة ههنا لا تصح؛ لأن هذه كفالة بخياطة رجل بعينه، وهذا بخلاف ما لو لم يشترط عليه أن يخيطه بنفسه، ثم افترقا، فإنه يؤاخذ الشريك الآخر بالخياطة بحكم الكفالة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى تعليل المسألة الأولى: ولهذا لم يكن لرب الثوب أن يطالب الشريك الآخر بالخياطة حال قيام المفاوضة، فبعد الافتراق أولى.

ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى أن لصاحب الثوب أن يطالب بالعمل أيهما شاء، وما بقيت المفاوضة، قال: لأنه ما بقيت المفاوضة، فهما كشخص واحد، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه؛ لأن المساواة التى سكن المفاوضة [لا تتحقق إلا به، فلا تظهر معنى الكفالة ما بقيت المفاوضة][1]، وإنما تظهر بعد المفاوضة، فلاجرم بعد الفرقة، لا يطالب الشريك الآخر بالخياطة؛ لأن الموجبة للاتخاذ وهى الشركة قد انقطعت، وإنما بقى معنى الكفالة، والكفالة ههنا غير صحيحة.

١٠٥٠٧- وإذا استأجر أحد المتفاوضين أجيرًا فى تجارتهما، أو فى عملهما، فللأجير أن يأخذ أيهما شاء بالأجر، وكذلك إذا استأجر أحدهما أجيرًا فى شيء من أمره خاصة، كان للأجير أن يطالب أيهما شاء.

١٠٥٠٨- ولو آجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شيء، أو لخياطة ثوب، فالأجر بينهما، ولو آجر نفسه للخدمة، فالأجر له خاصة، وكذا إذا آجر عبدًا خاصًّا له، بأن كان موروثًا، فالأجر له خاصة، والوجه فى ذلك أن فى إجارة نفسه للخياطة، وما أشبه ذلك من أعمال الآجر، إنما يستوجب الأجر بتقبل ذلك العمل، وإنه صحيح منه فى حق صاحبه، فما يجب بسببه يكون بينهما، وفى إجارة نفسه للخدمة الأجر يجب بتسليم النفس، ونفسه ليس من شركتهما، كما أن العبد الموروث ليس من شركتهما -والله أعلم-.

نوع آخر منه
فى استحلاف كل واحد من المتفاوضين الدعوة على صاحبه:

١٠٥٠٩- إذا ادعى رجل على أحد المتفاوضين أنه باعه كذا وكذا، وجحد المدعى عليه، وحلفه القاضى، ثم أن المدعى أراد استحلاف الشريك الآخر، فالقاضى يستحلفه له على علمه؛ لأن كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى، كان إقراره ملزمًا الآخر، فإذا أنكر،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يستحلف رجاء النكول الذى هو إقرار؛ لأن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه، فيحلف على البيان، والآخر يحلف على فعل الغير، فيحلف على العلم، وأيهما نكل عن اليمين، قضى بالمدعى للمشترى بالثمن الذى ادعاه؛ لأن النكول إقرار، وإقرار أحدهما بالمبايعة ملزم إياهما.

١٠٥١٠- وكذلك كل ما كان من أعمال التجارة: إذا ادعاه رجل على أحدهما، وحلف القاضى المدعى عليه ذلك، كان للمدعى أن يحلف الآخر؛ لأن فيما كان من أفعال التجارة، فعل أحدهما كفعلهما، وإقرار كل واحد منهما ملزم الآخر، فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى، رجاء النكول الذى هو إقرار. فأما ما ليس من أعمال التجارة إذا ادعاه رجل على أحدهما [لا يحلف الشريك الآخر عليه؛ لأن فيما ليس من أعمال التجارة، إذا ادعاه رجل على أحدهما][1] لا يلزم الآخر، فلا يكون فى استحلاف الآخر فائدة.

١٠٥١١- وإن كان أحد المتفاوضين ادعى شيئًا من أعمال التجارة على رجل، وجحد المدعى عليه، وحلفه القاضى على ذلك، ثم أراد المفاوض الآخر أن يحلفه على ذلك، فليس له ذلك، فقد جعل استحلاف أحد المتفاوضين كاستحلافهما، ولم يجعل حلف أحد المتفاوضين فى المسألة الأولى كحلفهما، والفرق أن النيابة تجرى فى الاستحلاف ولا تجرى فى الحلف.

نوع آخر
فى شرى أحد المتفاوضين شيئًا لخاصة نفسه:

١٠٥١٢- قال فى "الأصل": وكل ما اشترى أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها، فهو بينه وبين شريكه؛ لأن شراء أحدهما بحكم المفاوضة كشراءهما، إلا أنى أستحسن فى كسوته، وكسوة عياله، وقوتهم من الطعام والإدام أن يكون له خاصة دون شريكه؛ لأن هذا مستثنى عن قضية المفاوضة لمكان الضرورة، وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما بحكم المفاوضة صار كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشرى.

وإذا أدى أحدهما ذلك من مال الشركة [يرجع الشريك الآخر على المشترى بنصفه؛ لأن الثمن كان عليه خاصة، وقد قضى ذلك من مال الشركة][2].

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٥١٣- وإن اشترى أحد المتفاوضين جارية لخاصة نفسه ليطأها، فإن اشتراها بغير أمر الشريك فهى بينهما، وليس له أن يطأها؛ لأن هذا الشرى غير مستثنى عن الشركة؛ لأنه لا ضرورة فيه، فبقى داخلا تحت عموم عقد المفاوضة.

وإن كان شراها بأمر الشريك، فهى له خاصة استحسانًا، وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء، كما لو اشترى طعامًا، أو كسوة لأهله، ويكون إقرار الثمن على المشترى، حتى لو أدى أحدهما الثمن من مال الشركة، كان للشريك الآخر أن يرجع بنصف ذلك على المشترى، هكذا ذكر فى كتاب الشركة ولم يحكِ خلافًا.

وذكر فى "الجامع الصغير": أن على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه الجارية للمشترى بلا ثمن، وله أن يطأها، وأيهما نقد الثمن من مال الشركة، فلا رجوع على المشترى، وتبين بما ذكر فى "الجامع الصغير": أن ما ذكر فى كتاب الشركة قولهما.

فهما يقولان: الشراء وقع له خاصة، والأداء حصل من مال الشركة، فيرجع عليه شريكه بنصف ذلك، كما فى الطعام، والكسوة. بيانه أنه لما اشتراها بإذن صاحبه لنفسه، فقد صارت ملحقة بما لا بد منه، وهو الكسوة والطعام، وهذا لأن الحاجة إلى الوطء كافية، إلا أنها ليست بلازمة، فإذا أذن له فى ذلك، فقد ألحقها[١] بالطعام والكسوة، وصار ذلك مستثنى عن عقد الشركة، فيكون الشراء واقعًا له خاصة [ويكون الثمن عليه خاصة، كما فى الطعام والكسوة][٢].

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الشراء وقع على الشركة، والأداء حصل من مال الشركة، فلا يكون للشريك حق الرجوع على المشترى، كما لو اشتراها بغير إذن الشريك.

بيانه: وهو أن قضية المفاوضة أن كل ما يتصور أن يكون على الشركة يقع شراءه عن الشركة، إلا فيما تمس الضرورة إليه، ولا ضرورة فى الجارية، فوقع شراءها على الشركة. وإنما صارت الجارية خاصًا له، وحل له وطءها؛ [لا][٣] لأن الشراء وقع له على الخصوص، بل لأن المشترى يملك نصيب الشريك بعد الشراء بتمليك من جهته، وهذا التمليك يثبت فى ضمن الإذن بالوطء؛ لأن مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل للمشترى وطءها إلا بعد تمليك الإذن نصيبه منه بطريق الهبة، فاقتضى الإذن بالوطء شرطه، وهو الهبة، وتصح الهبة من غير

---

(١) كذا فى نسخة "ظ"، وكان فى الأصل: فقد ألحقاها.

(٢) أثبتت هذه العبارة من "م".

(٣) أثبتت من نسخة "ظ".

تمليك، كما يثبت البيع في قوله: أعتق عبدك مني على ألف من غير إيجاب وقبول، وصار تقديره كأن الآذن قال له: اشتر هذه الجارية على الشركة، ثم تملك نصيبي بالهبة، فإذا اشترى، وقبض، ثبت الهبة. بخلاف الطعام والكسوة؛ لأن ذلك مستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة، فكان الملك واقعًا للمشتري خاصة بنفس الشرى، فيكون الثمن عليه.

١٠٥١٤- وإن كان اشتراها بإذن شريكه، ووطئها، ثم استحقت، فللمستحق أن يأخذ بالعقر أيهما شاء؛ لأن العقر دين، وجب بسبب التجارة، فإنه لولا الشراء لكان الواجب الحد، بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد.

١٠٥١٥- في "العيون": إذا قال أحد المتفاوضين لصاحبه: إني أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت [شريكه، فاشتراها، لا تكون له ما لم يقل شريكه: نعم. فرق بين هذا وبين الوكيل بشراء جارية بعينها، إذا قال للموكل: أنا أريد أن أشتري تلك الجارية لنفسي، فسكت الموكل][1]، فاشتراها الوكيل لنفسه، فإنها تكون له.

والفرق أن أحد المتفاوضين لا يملك عزل نفسه بغير موجب المفاوضة إلا برضا صاحبه، وفي الرضا احتمال، والوكيل بالشراء يملك عزل نفسه بعلم الموكل، رضي الموكل أو سخط، وقد وجد العلم.

١٠٥١٦- وإذا باع أحد المتفاوضين من صاحبه ثوبًا بالشركة ليقطعه قميصًا لنفسه، جاز، بخلاف ما إذا باع أحدهما من صاحبه شيئًا من الشركة لأجل التجارة، حيث لا يجوز؛ لأن البيع في الفصل الثاني غير مفيد؛ لأن المبيع قبل هذا البيع كان مشتركًا، وبعد هذا البيع يكون كذلك، وما لا يفيد، لا يرد الشرع به، أما في الفصل الأول فالبيع مفيد؛ لأن بعد البيع يختص المشتري بملكه، وقبل البيع [كان هو على الشركة. وكذلك لو باعه جارية ليطأها، أو طعامًا ليجعله رزقًا لأهله، صح البيع][2]؛ لأنه مفيد، ويكون نصف الثمن للبائع، والنصف للمشتري، كما لو باع من غيره.

١٠٥١٧- ولو كان لأحدهما عبد ميراث، فاشتراه الآخر للتجارة، كان جائزًا، وكذلك لو كان لأحدهما أمة ميراث، فاشتراها الآخر ليطأها، كان الشراء جائزًا؛ لأنه مفيد، وهي له خاصة استحسانًا، والثمن عليه، بخلاف ما إذا اشترى جارية للوطء بإذن شريكه، فإن الثمن يكون عليهما؛ لأن إيجاب الثمن عليهما إذا كان البائع أحدهما متعذر؛ لأنه يصير كالبائع من

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نفسه، وإنه لا يجوز.

نوع منه
في جحود المتفاوضين وما يتصل بذلك:

١٠٥١٨- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": ادعى رجل على رجل أنه شاركه شركة مفاوضة، والمال في يد الجاحد، فالقول قول الجاحد مع يمينه، وعلى المدعي البينة، فإن جاء المدعي ببينة يشهدون على دعواه، فهذا على وجوه:

إما أن يشهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما، أو شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده من شركتهما، وفي هذين الوجهين تقبل البينة، وقضى بالمال الذي في يده بينهما نصفان، وهذا ظاهر.

١٠٥١٩- وأما إن شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال في يده، وفي هذا الوجه يقضي بالمال بينهما نصفين أيضًا، سواء شهدوا بذلك في مجلس الدعوى، أو بعد ما تفرقا عن مجلس الدعوى. إن شهدوا في مجلس الدعوى فظاهر؛ لأنه يثبت المفاوضة بشهادتهما، ويثبت كون المال في يد الجاحد حال قيام المفاوضة بالمعاينة، وهذا لأن المفاوضة وإن انفسخت بإنكار المدعى عليه، إلا أن المال كان في يده قبل الإنكار، وقبل الإنكار الحال حال قيام المفاوضة [وما في يد أحد المتفاوضين على قيام المفاوضة يكون بينهما نصفان قضية لعقد المفاوضة][1]، وهو التساوي.

وأما إذا شهدوا بعد الافتراق عن مجلس الدعوى، فلأن معنى قولهم: وإن المال في يده حال قيام المفاوضة لا للحال؛ لأن اليد للحال ثابتة معاينة، لا حاجة إلى إثباتها بالشهادة، وإذا كان معنى قولهم: وأن المال في يده ما قلنا، تثبت المفاوضة، وكون المال في يده حال قيام المفاوضة بالشهادة، وما في يد أحد المتفاوضين حال قيام المفاوضة يكون بينهما.

وأما إن شهدوا أنه مفاوضة، ولم يزيدوا على هذا، وفي هذا الوجه ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه أنه تقبل بينته، ويقضي بالمال بينهما، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في "الكتاب" بعد هذه المسألة، وذكر شيخ الإسلام أنهم إن شهدوا في مجلس الدعوى تقبل الشهادة، وقضى بالمال بينهما نصفان؛ لأنه ثبت بهذه الشهادة المفاوضة، وعرف كون المال في يده حال قيام المفاوضة بالمعاينة.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

وإن شهدوا بعد ما تفرقا عن مجلس الدعوى، لا يقضى بينهما بالمال ما لم يشهدوا أنه بينهما نصفان، أو يشهدوا أنه من شركتهما، أو يقر الجاحد أن المال كان فى يده يومئذٍ، أو شهدوا الشهود بذلك. وهذا لأن المناصفة لو ثبتت هنا، إنما تثبت إذا ثبت كون المال فى يد الجاحد حال قيام المفاوضة، لا بالشهادة؛ لأن الشهود لم يتعرضوا للحال، ولم يثبت كون المال فى يده حال قيام المفاوضة بالمعاينة؛ لأن المفاوضة إنما انفسخت بالإنكار، وقد عاينا المال فى يده وقت الإنكار.

١٠٥٢٠- ثم إذا قضى القاضى بالمال بينهما نصفان، وادعى الذى كان فى يده المال لنفسه ميراثًا، أو هبة، أو صدقة من جهة غير المدعى، فهذه المسألة على وجوه: إن كان شهود مدعى المفاوضة شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذى فى يده بينهما نصفان، أو شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال من الشركة، وفى هذين الوجهين لاتسمع دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأنه صار مقضيًا عليه بالمناصفة بينهما، والمقضى عليه بالبينة إذا ادعى المقضى به لنفسه ملكًا مطلقًا، أو بطريق التلقى من جهة غير المدعى، لا يسمع دعواه.

وإن كان شهود مدعى المفاوضة شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال فى يده، أو شهدوا أنه مفاوضة، ولم يزيدوا على هذا تسمع دعواه، وقبلت بينته عند محمد رحمه الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف. وجه قول محمد أن القضاء بالمال بينهما نصفين فى هذين الوجهين ما كان بحكم الشهادة؛ لأن الشهود لم يتعرضوا المال[1]، وإنما كان بحكم الظاهر؛ لأن الظاهر أن ما فى يد أحد المتفاوضين يكون بينهما، والقضاء متى حصل بظاهر الحال، لا يمنع دعوى المقضى عليه المقضى به، وإن لم يدع تلقى الملك من جهته.

الدليل عليه مسألة البناء، والأشجار، وسيجىء فى آخر كتاب الشهادات.

والدليل عليه فى فصل الإقرار: إذا أقر المدعى عليه أنه مفاوضة، ولم يزد على هذا، ثم ادعى أن بعض ما فى يده ميراث، أو هبة، أو صدقة من جهة غير المدعى، فأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، وطريقه ما قلنا.

ولأبى يوسف رحمه الله تعالى أن القضاء بالمناصفة حصل بالبينة؛ لأن الشهود وإن شهدوا بعقد المفاوضة صورة، إلا أن الشهادة بعقد المفاوضة فى حق القضاء جعلت شهادة بموجب المفاوضة، وهو المناصفة، إذ لو لم يجعل كذلك، لبطلت الشهادة؛ لأن القضاء بالعقد متعذر لانفساخه بالإنكار، ولما جعل الشهادة بالعقد شهادة موجبة، كانت المناصفة مقضيًا بها

---

(١) وفى "ظ": لم يتعرضوا للمال.

بالبينة.

وأما مسألة البناء والأشجار، فمن مشايخنا من قال: هى على الخلاف، ومنهم من فرق بينهما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وهو الصحيح، والفرق: أن القضاء بالأشجار والبناء حصل بحكم الظاهر، يعنى به ظاهر الاتصال، لا بالبينة؛ لأن شهادتهم بالأرض لم تجعل كناية عن الشهادة بالبناء؛ لأن العمل بحقيقة ما شهدوا فى الأرض ممكن، أما ههنا بخلافه، وبخلاف الإقرار؛ لأن الإقرار بالمفاوضة لم يجعل هناك بحكم الظاهر.

١٠٥٢١- ولو كان المدعى عليه ادعى شيئًا مما فى يده بطريق التلقى من المدعى، سمع دعواه، وقبلت بينته فى الوجوه كلها؛ لأن صيرورته مقضيًا عليه لا يمنع دعوى الملك من جهة المقضى له.

١٠٥٢٢- وإذا مات أحد المتفاوضين، والمال فى يد الحى، فادعى ورثة الميت المفاوضة، وجحد الحى ذلك، فأقام ورثة الميت أن أباهم كان شريكه شركة مفاوضة، لم يقض لهم بشىء مما فى يد الحى، إلا أن يشهد الشهود أن المال كان فى يده حال حياة الميت، أو أنه من شركة ما بينهما، وفى حال الحياة عرفنا كون المال فى يد المدعى عليه حال قيام المفاوضة بالمعاينة، وبعد الموت لم يعرف كون المال فى يد الحى حال [قيام المفاوضة، حتى لو عرف ذلك بأن شهد الشهود أن المال كان فى يد الحى حال][1] حياة الأب، قضى بالمال بينهما.

ثم إذا شهد الشهود أن المال الذى كان فى يد المدعى عليه حال حياة الميت، أو شهدوا أن هذا فى شركة ما بينهما، وقضى القاضى بالمال بين الحى وورثة الميت، لو ادعى الحى شيئًا لنفسه مما فى يده بالميراث، أو ما أشبه ذلك، ففيما إذا شهد شهود الورثة أن هذا المال من شركة ما بينهما لا تسمع دعواه بلاخلاف، وفيما إذا شهدوا أنه كان فى يده حال حياة أبيهم، المسألة على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمه الله تعالى.

١٠٥٢٣- وإذا افترق المتفاوضان، ثم ادعى أحدهما أنه شريكه بالنصف، وادعى الآخر بالثلث، وقد اتفقا على المفاوضة، فجميع المال بينهما؛ لأن المدعى بدعوى التفاوت مناقض، أو راجع عن إقراره بالمفاوضة، مقتضى إقراره بالمفاوضة.

١٠٥٢٤- وإن كان فى يد أحدهما ثياب كسوة، أو رزق العيال، فذلك الذى فى يده، ولا يجعل فى الشركة استحسانًا؛ لأن هذه الأشياء مستثناة عن عقد المفاوضة، فالإقرار بالمفاوضة لا يكون إقرارًا بهذه الأشياء، بقى مجرد الدعوى.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٥٢٥- وإذا ادعى رجل على غيره أنه شريكه شركة مفاوضة، وأن المال الذى فى يده بينهما أثلاثًا، الثلثان لى، والثلث له، والمدعى عليه يجحد المفاوضة أصلا، فأقام المدعى بينة على نحو ما ادعاه، لا تقبل هذه الشهادة قياسًا، وفى الاستحسان: تقبل على أصل المفاوضة. واختلفت عبارة المشايخ على وجه الاستحسان، فعبارة بعضهم أن المدعى بدعوى المفاضة، وإن كذب شهوده فيما شهدوا من المالية، لما أن قضية المفاوضة التساوى، إلا أن هذا أكذب معنًى، لا لفظًا، وأنه لا يمنع قبول الشهادة.

١٠٥٢٦- فعلى قول هذا القائل: لو كان المدعى ادعى المفاوضة، والمناصفة، وشهد الشهود بالمالية، لا تقبل الشهادة قياسًا واستحسانًا.

وعبارة بعضهم: أنه لاحاجة للشهود لإتمام الشهادة إلى ما ذكروا من المالية، فتلغى تلك الزيادة، وتبقى الشهادة على أصل المفاوضة؛ لأن من الناس من يقول: المفاوضة مع التفاوت فى المال جائزة، فلعل الشهود ممن يعتقدون ذلك، ففسروا الشهادة بناء على ما اعتقدوا، ولكن القاضى يقضى بما ثبت عنده بناء على اعتقاده، وعلى قول هذين التعليلين: يقضى أن تقبل الشهادة على أصل المفاوضة، متى ادعى المدعى المناصفة على جواب الاستحسان، وإن ادعى المفاوضة، وشهد الشهود بالأثلاث، فقال المدعى بعد ذلك: كانت كذلك، فعلى القياس والاستحسان: لأن البيان المتأخر على الكلام يلتحق بالمحل، فيصير كالمنصوص عليه وقت الإجمال.

١٠٥٢٧- إذا افترق المتفاوضان، وأقام أحدهما بينة أن المال كان كله فى يد صاحبه، وإن قاضى كذا وكذا قد قضى بذلك عليه، وسموا المال، وأنه قد قضى بينهما نصفين، وأقام الآخر بينة على صاحبه بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه، أو من غيره، فإن كان ذلك من قاضٍ واحد، وعلمنا التاريخ بين القضائين، أخذنا بالآخر، وهو رجوع عن الأول؛ لأن الجمع بين القضائين متعذر، فلا بد من القضاء بأحدهما، فيقضى بآخرهما، ويجعل إقدامه على القضاء الثانى وهو عالم بالقضاء الأول رجوعا عن القضاء الأول، بأن ظهر له الخطأ فى القضاء الأول. وإن كان ذلك من قاضيين، وعلم التاريخ بينهما، أو لم يعلم، لزم كل واحد منهما القضاء الذى أنفذه عليه، ويحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه، ويترادّان الفضل؛ لأن الجمع بين القضائين وإن كان متعذراً، لكن ليس أحدهما لتعيينه البطلان بأولى من الآخر، أما إذا لم يعلم التاريخ بينهما، فظاهر، وأما إذا علم، فلأن إقدام القاضى الثانى على قضاءه لا يمكن أن يجعل إبطالا لقضاء القاضى الأول، إذ ليس له ولا ية إبطال قضاء القاضى الأول،

بخلاف ما إذا كان القاضي واحدا، وعلم التاريخ بين القضائين.

وكذلك إذا كان القاضي واحداً، ولم يعلم التاريخ بين القضائين، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان ذلك بين قاضيين؛ لأنه لا يعلم الباطل من الصحيح ههنا.

١٠٥٢٨- وإذا مات المتفاوضان، واقتسم الورثة جميع ما ترك، ثم وجدوا مالا كثيراً وقال أحد الفريقين: هذا لنا، وكان في قسمتنا، فكذبه الفريق الآخر، وقال: إنه لم يكن في قسمتكم، وإنه مشترك بيننا، فهذا على وجهين: إن كان المال في يد المنكرين، فالمال بينهما نصفان، وإن كان في يد المدعيين، إن شهدوا بالبراءة عن كل شركة بينهما، فالمال للمدعيين، وإن لم يشهدوا بذلك، والمال بين الفريقين نصفين لأنهما اتفقا على أن هذا المال كان مشتركًا بينهما، وأحدهما ينكر انقطاع الشركة، ولم يظهر سبب انقطاع الشركة، فيكون القول قول المنكر. فأما إذا شهدوا بالبراءة، فقد ظهر سبب انقطاع الشركة، فلا يعتبر دعوى الآخر بقاء الشركة.

١٠٥٢٩- هذا الذي ذكرنا إذا اتفقا أن هذا المال كان داخلا في الشركة، لكن ادعى أحدهما أنه دخل في قسمتنا، فأما إذا كان المال في يد أحد الفريقين، فقال الذي في يديه المال: هذا المال كان لأبينا قبل المفاوضة، وكذبهم الفريق الآخر، فالمال بين الفريقين نصفان، شهدوا أو لم يشهدوا، إن لم يشهدوا بالبراءة، فلأن الورثة يقومون مقام المورث، ولو ادعى المورث حال حياته أن عينًا مما في يده كان له قبل المفاوضة، وأنكر الآخر، وقال: كان من المفاوضة لا يختص به حق اليد، وكان بينهما إذا لم يكونوا أقروا بالبراءة عن كل شركة، كذا ههنا.

وإن شهدوا فكذلك؛ لأن زعم المدعيين أن هذا المال لم يدخل تحت البراءة؛ لأنه إنما يدخل تحت البراءة ما كان من الشركة، وقد زعموا أن هذا المال لم يكن من الشركة، حيث زعموا أنه كان لأبيهم قبل المفاوضة، وكان حكم هذا المال بعد الإشهاد على البراءة، كحكمه قبل الإشهاد عليه.

إذا شهد على الإقرار بالمفاوضة منذ عشر سنين، فقبل القاضي شهادتهم، تثبت المفاوضة منذ عشر سنين، وقبل ذلك؛ لأن الثابت من الإقرار بالبينة كالثابت عيانًا، ولو عاينا إقرار المشهود عليه المفاوضة منذ عشر سنين، تثبت المفاوضة منذ عشر سنين، وقبل ذلك، حتى يقضي بيع ما في يده عشر سنين، وقبل ذلك بينهما، لأن الإقرار سبق الخبر به، فكذا إذاثبت الإقرار بالبينة.

ولو شهدوا على إنشاء المفاوضة منذ عشر سنين، فقضى بالمفاوضة منذ عشرسنين، ولا

يقضى بالمفاوضة قبل ذلك؛ لأن الإنشاء لا يقضى الوجود قبله، بل يثبت الوجود مقصوراً على حالة الإنشاء، بعد هذا ينظر ما علم بيقين لأحدهما قبل المفاوضة يختص ثبوته، وما كان مشكل الحال، فهو للمفاوضة.

١٠٥٣٠- وإذا أمر أحدهما المتفاوضين رجلين أن يشتريا له عبداً، وسمى جنسه بثمن مسمّى، فاشتريا، ووقع الافتراق بين الشريكين، فقال الآمر: اشترياه بعد التفريق، فهو لى خاصة، وقال الشريك الآخر: اشترياه قبل التفريق، فهو بيننا، فهو للآمر؛ لأن الشراء حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، هو ما بعد التفريق، وإن أقام البينة، فالبينة بينة الآخر؛ لأنه يثبت زيادة فى التاريخ، ولا تقبل شهادة الوكيلين فى ذلك؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما.

١٠٥٣١- وإن قال الآمر: اشترياه قبل الفرقة، فقال الآخر: اشترياه بعد الفرقة، فالقول، قول الآخر، والبينة بينة الآمر، لما قلنا.

نوع آخر
فى وجوب الضمان على المفاوضين:

١٠٥٣٢- استعار أحد المتفاوضين دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فركبها شريكه فعطبت، فهما ضامنان، وكان يجب أن لا يضمنان؛ لأن الاستعارة من أحدهما جعلت كالاستعارة منهما، ألا ترى لو استعار أحدهما دابة إلى مكان معلوم، ليحمل عليها طعاماً له خاصة، فحمل عليها شريكه مثل ذلك الطعام من خاصة نفسه إلى ذلك المكان، وعطبت الدابة فلا ضمان، وجعل كأنه أعار منهما؟ والجواب فى الاستعارة من أحدهما، كالاستعارة منهما، إلا أنهما لو استعاراً جميعًا دابة للركوب، وقال صحب الدابة أعرتكما ليركب هذا بعينه، فركب الآخر يضمن. ولواستعار دابة لحمل حنطة مقدرة، وقال صاحب الدابة أعرتكما؛ ليحمل هذا حنطة نفسه، فحمل الآخر من حنطة نفسه مثل تلك الحنطة، لا ضمان؛ لأن تخصيص أحدهما بالركوب مفيد، فيجب اعتباره.

١٠٥٣٣- أما تخصيص أحدهما بحمل الحنطة غير مفيد، فلا يجب اعتباره، وكان قياس الركوب من الحمل أن لوحصلت الإعارة لحمل الحنطة، فحمل عليهما حديداً، أو شيئًا مثل وزن الحنطة، وهناك يجب الضمان؛ لأن بين الأحمال تفاوت فى المضر بالدابة تفاوتًا فاحشًا.

١٠٥٣٤ - ثم في مسألة الركوب، إذا وجب الضمان وأدى الراكب ذلك من مال الشركة، هل يرجع عليه شريكه بنصف ما أدى؟ ينظر إن كان قد ركبها لحاجتهما، فلا رجوع، وإن كان قد ركبها لحاجة نفسه، فله الرجوع بنصف ما أدى، ولصاحب الدابة أن يطالب بضمان الدابة أيهما شاء؛ لأن الضمان واجب على الراكب ضمان إتلاف مال، وما يجب على أحدهما بسبب إتلاف صاحبه كفيل عنه بذلك.

١٠٥٣٥ - وأما إذا مات المفاوض، ومال المفاوضة في يده، فلم يبين، فلا ضمان عليه، بخلاف المودع إذا مات، ولم يبين الوديعة، فإنه يصير ضامنً.

١٠٥٣٦ - وكذلك المضارب إذا مات، ولم يبين المضاربة، فإنه يصير ضامنًا، والوجه في ذلك، إن ترك البيان لا يوجب الضمان لعينه، وإنما يوجب الضمان، إذا صارت الأمانة مجهولة، بترك البيان، بحيث لا يتوصل إليها صاحبها. ألا ترى أن الوديعة، إذا كانت معروفة، إذا مات، ولم يبين لا يضمنها؛ لأنها بترك البيان لاتصير مجهولة، قلنا: وفي المفاوضة لا تصير الأمانة مجهولة، بترك البيان؛ لأن ما في يده كله بينهما.

١٠٥٣٧ - وفي "فتاوى أبي الليث": أحد الشريكين إذا قال لصاحبه: أخرج إلى نيسابور، ولا تجاوز عنه فجاوزه، وهلك المال، ضمن حصة شريكه؛ لأنه نقل حصة شريكه بغير إذنه.

١٠٥٣٨ - قال في "الأصل": وكل وديعة عند أحدهما، فهي عندهما؛ لأن قبول الوديعة إن لم تكن تجارة، فهي من صنيع التجار لا يجدون بدًّا منه، وما كان من صنيع التجار، ففعل أحدهما فيه كفعلهما.

١٠٥٣٩ - فإن مات المستودع قبل أن يبين، فهو ضامن، ويؤاخذ شريكه به؛ لأن ضمان التحميل ضمان تملك، فيظهر حكم الكفالة فيه، فإن قال الحي: ضاعت في يد الميت قبل الموت لم يصدق؛ لأن الحي إنما جعل مودعًا حكمًا للمفاوضة، فإذا انفسخت المفاوضة بموت أحدهما لم يبقَ مودعًا، وصار هو وأجنبي آخر سواء، ولو أن أجنبيًّا آخر قال: ما مات المودع، مجهلا، ضاع من يد الميت قبل الموت، لم يصدق، كذا ههنا.

ولأن الضمان موجب[1] بالتجهيل، ولو زعم المودع بنفسه أنه قد كان هلك بعد ما لزمه الضمان بالجحود، لم يقبل قوله، كذا لا يقبل قول الشريك؛ فعلى هذين التعليلين نقول: إذا مات المودع مجهلا، أو ادعى الوارث الضياع حال حياته، لا يقبل قوله، وإن كان الحي هو

---

(١) وفي "ف" و "ظ" و "م": واجب مكان موجب.

المستودع، وقال صاحب من يد الميت قبل موته قبل قوله؛ لأن الحى صار مودعًا بقول الإيداع، لا حكمًا للمفاوضة، فيبقى مودعًا بعد انفساخ المفاوضة، فيقبل قوله فى دعوى الهلاك مع اليمين.

١٠٥٤٠- وإن قال الحى منهما: قد كنت استهلكت الوديعة حال حياة الميت، فالضمان عليه خاصة، فإن أقام البينة على ذلك عليهما؛ أنه أقر بالدين بعد انقطاع الشركة، وبعد انقطاع الشركة لا يملك إيجاب الدين على صاحبه ابتداء بسبب من الأسباب، فلا يعمل إقراره فى حق صاحبه، فإذا أقام البينة على ذلك، والثابت بالبينة كالثابت معاينة، يثبت الإتلاف حال قيام الشركة، وأنه يلزم صاحبه.

الفصل الرابع
فى العنان

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه فى شرط الربح، والضيعة، وهلاك المال:

١٠٥٤١ - قال علماءنا رحمهم الله تعالى : شركة العنان جائزة سواء تساويا فى رأس المال، أو تفاضلا، ويجوز أن يشترط لأحدهما فضل الربح، إذا شرط العمل عليهما عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وتكون زيادة الربح بمقابلة العمل عليهما، فالربح يستحق بالعمل. ألا ترى أن المضارب يستحق الربح بالعمل؟ وإذا شرط العمل عليهما، فالربح بينهما على ما شرطا، وإن عمل أحدهما دون الآخر، ولوشرط العمل على الذى شرط له فضل الربح جاز، وتكون زيادة الربح له بمقابلة العمل، ولو شرط على أقلهما ربحا خاصة لا يجوز؛ لأن الذى شرط عليه العمل شرط لصاحبه جزء من من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال، أو عمل.

١٠٥٤٢ - بيان ما ذكرنا فيما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل" : إذا جاء أحدهما بألف درهم، والآخر بألفى درهم، واشترطا على أن الربح بينهما نصفان، والعمل عليهما، فهو جائز، ويصير صاحب الألف فى معنى المضارب له، إلا أن المضاربة تبع لمعنى الشركة، والعبرة للأصل دون التبع، فلا يضرهما اشتراط العمل عليهما، وإن شرطا العمل على صاحب الألف، فهو جائز أيضًا، ووجه الجواز ههنا أبين؛ لأن صاحب الألف فى معنى المضارب لصاحب الألفين، واشتراط العمل على المضارب، يصح المضاربة، ولا يبطلها.

١٠٥٤٣ - وإن شرطا العمل على صاحب الألفين لا يجوز؛ لأن صاحب الألفين شرط لصاحب الألف جزءً من ربح ماله من غير أن يكون له فيه عمل، أو رأس مال.

١٠٥٤٤ - وإن شرطا الربح على قدر رأس مالهما أثلاثًا، والعمل من أحدهما كان جائزًا؛ لأن العامل منهما معين لصاحبه فى العمل له فى ماله، حيث لم يشترط فى العمل لنفسه شياء من ربح مال صاحبه، فهو كالمستصنع فى مال صاحبه.

١٠٥٤٥ - وإن شرطا الوديعة هلاك جزء من المال، فكان صاحب الألف شرط ضمان شىء مما هلك من ماله على صاحبه، وشرط الضمان على الآمر فاسد، ولكن هنا لا يبطل

الشركة، حتى لو عملا، أو ربحا، فالربح بينهما على ما شرطا، فالشركة من ما لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإن وصفا، فالوضيعة على قدر رأس مالهما، وأى المالين هلك قبل الشراء، هلك على صاحبه هلك فى يده، أو فى يد صاحبه، وانتقضت الشركة، وقد ذكرنا هذا فى شركة المفاوضة.

١٠٥٤٦- وفى "النوادر": دفع إلى رجل ألف درهم، على أن يعمل بها، أن الربح للعامل، والوضيعة عليه، فهلك قبل شراءها، فالقابض ضامن؛ لأن المال فى يده قرض، ولو قال: اعمل بها بينى وبينك على أن الربح بيننا، فهلكت قبل أن يعمل بها، فهو ضامن نصف المال عند محمد. وعلى قول أبى يوسف: لا ضمان عليه، وإن اشترى بالمال، ثم هلكت قبل النقد، فعلى الآخر ضمان نصف المال، وعلى المشترى مثل ذلك.

فأبو يوسف يقول: نص على الشركة، فكان القبض واقعًا من جهة المنصوص عليها، والقبض بجهة الشركة [لا يستدعى ضمانًا، إلا إذا اشترى، فحينئذٍ يجب عليه عن نصف ما اشترى، ومحمد يقول: بأنه نص على الشركة][1] فى المشترى، والربح والوضيعة، وهذا لا يكون إلا بعد وجوب رأس المال من جهة القابض، فيضمن هذا إقراض النصف، والمقبوض بجهة القرض مضمون على القابض، ألا ترى لو قال: اشتر بهذه الألف على أن الربح لك كله، فهذا قرض فى الكل، فكذا إذا شرط البعض.

نوع منه فى تصرف أحد شريكى العنان فى مال الشركة:

١٠٥٤٧- ولكل واحد منهما أن يشترى بجنس ما عنده على نحو ما ذكرنا فى المتفاوضين، وليس لأحدهما أن يكاتب عبدًا من الشركة بلا خلاف، ولا يزوج الأمة من الشركة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف رحمه الله تعالى، الخلاف فى أحد شريكى العنان، وفى المضارب، والمأذون سواء، وليس له أن يشارك غيره، إذا لم يقل له الشريك: اعمل برأيك.

١٠٥٤٨- وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أحد شريكى العنان إذا شارك غيره مفاوضة بمحضر من شريكه، تصح المفاوضة، وتصح شركته مع الأول، وإن كان بغير محضر من شريكه لم تصح المفاوضة.

١٠٥٤٩- فى "المنتقى": أبو سليمان عن أبى يوسف فى شريكى العنان لو أشرك

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أحدهما رجلا فى الرقيق فى الشرى، أو البيع بغير إذن شريكه، جاز عليه، وعلى شريكه ما اشتراه واحد من الثلاثة، فنصفه للرجل، ونصفه بين الشريكين الأولين.

١٠٥٥٠- ولو رهن أحد شريكى العنان شيئًا من الشركة بدين عليه خاصة، لم يجز إلا برضاء صاحبه.

١٠٥٥١- وفى "كتاب الرهن": يقول: إذا رهن أحد شريكى العنان متاعًا من الشركة بدين عليهما لا يجوز. يريد به إذا رهن بدين وجب عليهما بعقدهما؛ لأن الرهن إيفاء، وكل واحد منهما لا يملك إيفاء الآخر من ماله إلا بأمره، فكذا لا يملك الرهن.

وكذلك إذا ارتهن بدين أداناه؛ لأن الارتهان للاستيفاء، وهو لا يملك أن يستوفى ثمن ما ولاه صاحبه لنفسه. وإن هلك الرهن فى يده، وقيمته والدين سواء، ذهب بحصته؛ لأنه يملك استيفاء حصة نفسه، وإن ولاه صاحبه.

١٠٥٥٢- فإذا ارتهن به صار كأنه استوفى [نصف][1] الدين به، فنفذ الاستيفاء بحصته، وأما شريكه، فهو بالخيار، إن شاء رجع بحصته من الدين على المطلوب، ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء ضمن شريكه حصته من الدين؛ لأن يد المرتهن يد استيفاء، فيعتبر بحقيقة الاستيفاء، وأحد شريكى الدين إذا قبض الدين، كان لصاحبه أن يضمن حصته من الدين، فكذا إذا صار قابضًا بالرهن.

وفى "كتاب الشركة": يقول: إذا ارتهن بدين ولى المبايعة، أو ولى آخر المبايعة [فهو جائز فى نصيبه ونصيب صاحبه قياسًا واستحسانًا. وإن ارتهن بدين ولى المبايعة، أو ولى الآخر المبايعة][2]، ذكر بعض المشايخ فى "شرحه": أنه لايجوز فى حصة صاحبه قياسًا واستحسانًا، ويجوز فى حصته استحسانًا اعتبارًا للاستيفاء الحكمى بالاستيفاء الحقيقى.

وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرحه": أنه لا يجوز أصلا، لا فى حصة صاحبه، وهو ظاهر، ولا فى حصته؛ لأنه لو جاز فى حصته كان مشاعًا، والشيوع يمنع حصة الرهن.

وهذا إذا فعل بغير أمر صاحبه، فإن فعل بأمر صاحبه، وهلك الرهن ذهب حصته من الدين. أما على قول من قال: يجوز الرهن فى حصته، فظاهر، وأما على قول من قال بعدم الجواز، فلأن المقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون، كالمقبوض بحكم الرهن الصحيح، ولا

---

(١) كذا فى نسخة "ظ"، وكان فى الأصل: كأنه استوفى كل الدين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يبرأ المديون من حصة شريكه، ويكون للمديون الخيار على نحو ما بينا.

١٠٥٥٣- وإذا أقر أحد شريكى العنان بالرهن، والارتهان بعد ما تناقضا الشركة، لايصح إقراره إذا كذبه شريكه؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه للحال، وإن أقر حال قيام الشركة جاز عليه، وعلى شريكه إذا كان المنكر هو الذى ولى العقد، وإن كان الذى ولى غيره، أو كانا وليّا العقد، لا يجوز إقراره فى حصة شريكه، وهل يجوز فى حصة نفسه؟ فهو على ما ذكرنا قبل هذا، ولكل واحد منهما أن يوكل بالبيع، والشراء، والاستئجار، وللآخر أن يخرجه من الوكالة.

١٠٥٥٤- وإن وكل أحدهما بتقاضى مال ابنه، فليس للآخر إخراجه؛ لأن العزل مع التوكيل يجريان مجرى واحد، وكل واحد منهما لا يملك التوكيل بتقاضى ما داين صاحبه، فلا يملك عزل وكيله بتقاضى ما داينه، وفيما سواء هذه التصرفات أحد شريكى العنان كأحد شريكى المفاوضة، ما يملكه أحد شريكى المفاوضة يملكه أحد شريكى العنان.

نوع آخر منه فى تصرف أحد شريكى العنان فى حق صاحبه وفيما وجب بعقد صاحبه:

١٠٥٥٥- وفى "القدورى": إذا أقال أحدهما فى بيع باعه الآخر جازت الإقالة، كما ذكرنا فى فصل المفاوض.

١٠٥٥٦- وفيه أيضًا: لو باع أحدهما متاعًا، فرد عليه بعيب، فقبله بغير قضاء، جاز عليهما؛ لأنه بمنزلة الإقالة، وكذلك لو حط من ثمنه، أو أخر لأجل الغيب؛ لأن الغيب يوجب الرد، ويجوز أن يكون الحط والتأخير أنفع، وإن حط من غير عيبه تبرعًا، لا يجوز فى حق شريكه؛ لأن التبرع فى نصيب الشريك.

١٠٥٥٧- ولو أقر بعيب فى متاع باعه، جاز عليه، وعلى شريكه؛ لأن موجب الإقرار بالعيب ثبوت الرد عليه، ولأحد الشريكين أن يسترد، ويقبل العقد.

١٠٥٥٨- إذا كان لهما على رجل حق، فأخر أحدهما، فهذه المسألة على وجوه: الأول: أن يكون المؤخر هو الذى ولى المبايعة، وفى هذا الوجه يجوز تأخيره فى نصيبه ونصيب صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد، خلافًا لأبى يوسف؛ لأنه فى نصيب صاحبه وكيل بالبيع، والوكيل بالبيع إذا أخر الثمن، فهو على الخلاف.

الوجه الثانى: إذا وليا المبايعة.

الوجه الثالث: إذا ولى الآخر المبايعة، وفى الوجهين جميعًا لا يجوز تأخيره فى نصيب

صاحبه بالإجماع، وهل يجوز فى نصيب نفسه؟ على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعلى قولهما يجوز؛ لأن حصته من الدين مملوك له، فملك إسقاطه وملك تأخيره. ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لو صح التأخير فى نفسه تثبت القسمة فى الدين، فإن بالتأخير يتغير وصف الدين عما كان، فإنه كان على وصف لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر أن يشاركه فيه، وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام الأجل قائمًا، فيصير نصيب أحدهما على وصف سوى نصيب الآخر، فتثبت القسمة، والقسمة فى الأعيان لا فى الديون، فلم يصح التأجيل.

١٠٥٥٩- وإن أقر أحدهما بدين فى تجارتهما، وأنكر الآخر، لزم المقر جميع الدين، إن كان أمر أنه ولى العقد، بأن قال: اشتريت من فلان عبدًا بكذا؛ لأنه فى النصف مشترى لنفسه، وفى النصف وكيل عن صاحبه، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، فيصير مقرًا على نفسه بجميع الدين فيؤاخذ بجميع ذلك، فأما إذا أقر أنهما ولياه، بأن قالا: اشترينا من فلان عبدًا بكذا، أو أنكر الآخر [لزم نصفه. وإن أقر أن صاحبه وليه، بأن قال: اشترى شريكى من فلان عبدًا بكذا، وأنكر الآخر][1]، ذكر فى عامة نسخ كتاب الإقرار أنه لا يلزمه شىء، وذكر فى بعض نسخ كتاب الإقرار: أنه يلزمه النصف، والصحيح ما ذكر فى عامة النسخ؛ لأنه أقر على غيره، ولا ولاية له على الشريك فى إلزام الدين عليه بإقراره، فبطل ضرورة.

١٠٥٦٠- وإذا اشترى أحدهما شيئًا من تجارتهما، فوجد به عيبًا، لم يكن للآخر أن يرده؛ لأن الآخر فى النصف أجنبى، وفى النصف موكل، وليس للموكل أن يخاصم فى العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله، وكذا لو باع أحدهما شيئًا من تجارتهما، لم يكن له أن يرده على الآخر.

١٠٥٦١- وإذا استأجر أحد شريكى العنان شيئًا، ليس للآخر أن يطالب الشريك الآخر بالأجر؛ لأن الشريك الآخر فى النصف موكل، وكذلك إذا آجر أحدهما شيئًا من تجارتهما، فليس للشريك الآخر أن يطالب المستأجر بالأجر. وما اكتسب أحدهما بتقبل الأعمال، وذلك ليس من شركتهما، فإنه يكون خاصة؛ لأنه وكيل صاحبه فى التصرف فى مال الشركة، وتقبل هذا العمل ليس بتصرف فى مال الشركة.

١٠٥٦٢- ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة وربح، فالربح له خاصة، هكذا ذكر فى "الأصل"، وفى "القدورى": لأن المضارب يستحق ما يستحق بسبب العمل، فصار كما لو

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ".

آجر نفسه ، فتفرد به . وهذا الجواب صحيح فيما إذا أخذ مالا مضاربة لتصرف فيما ليس من تجارتهما ، أو مطلقًا حال حضرة صاحبه ؛ لأن ما ليس من تجارة ، فما لم يدخل تحت الشركة ، فيكون الحال [فيه بعد الشركة كالحال قبل الشركة ، وقبل الشركة لو أخذ أحدهما مالا مضاربة ، كان الربح له خاصة][1] خاصة ، وكذلك لو أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيها هو من تجارتهما حال حضرة صاحبه ؛ لأن كل واحد من الشريكين فيما كان من تجارتهما بمنزلة الوكيل بشراء نصف شيء بعينه ، والوكيل بشراء نصف الشيء بعينه إذا قبل الوكالة من آخر بشراء ذلك الشيء كله بحضرة الموكل الأول يخرج من وكالة الأول ، ويصير وكيلا للثانى ، كذا هنا .

فأما إذا أخذ ليتصرف فيها هو من تجارتهما ، أو مطلقًا ، حال غيبة صاحبه ، فنصف الربح لشريكه ، ونصفه يكون بين المضارب ورب المال ؛ لأنه فى النصف بمنزلة الوكيل بشراء نصف شيء بعينه ، يشترى نصف الشيء بعينه ، فلا يملك إخراج نفسه من الوكالة حال غيبة صاحبه ، فإذا قبل الوكالة من أحد بشراء الكل ، تنصرف الوكالة إلى ما كان يشتريه بنفسه ، ولا ينصرف إلى ما يشتريه لصاحبه ، فإذا اشترى بعد المضاربة ، يصير مشتريًا نصفه للمضاربة ، ونصفه لشريكه ، فإذا ربح كان نصف الربح لشريكه ، ونصفه بين المضارب ورب المال على ما شرطا .

نوع آخر منه:

١٠٥٦٣- إذا باع أحدهما شيئًا من تجارتهما ، فليس للشريك الآخر أن يطالب المشترى بالثمن ، وهذا لما ذكرنا أن هذه الشركة تشتمل على الوكالة فى مباشرة عقود التجارات ، دون الوكالة فى استيفاء ما يجب بعقد صاحبه .

١٠٥٦٤- فى "المنتقى" : قال هشام عن محمد رحمه الله تعالى : إذا دفع المشترى الثمن إلى الشريك الآخر ، برئ من نصيبه ، ولا يبرأ عن نصيب البائع إن لم يكونا أشهدا حيث اشتركا أن ذلك جائز فيما بينهما ، وكذا ما لزم أحدهما من ضمان التجارات ، لا يطالب الآخر به ، لما ذكرنا أنه ليس فى هذه الشركة .

نوع آخر منه فى شراء أحدهما وفى اختلاف رأس المال وفى اعتبار قيمة رأس المال:

١٠٥٦٥- وإذا اشترى أحد شريكى العنان شيئًا ليس من تجارتهما ، فهو له خاصة ؛ لأن

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "م" ، وكان فى الأصل و "ظ" و "ف" : فيكون الحال بعده خاصة .

كل واحد منهما فى شراء ما ليس من تجارتهما أجنبى عن صاحبه، وليس بوكيل عنه، فالوكالة تقبل التخصيص.

١٠٥٦٦- وإذا اشتركا بالعروض، أو المكيل، واشتريا بذلك، فلكل واحد منهما مما اشترى قدر قيمة متاعه، وإن كانت القيمة سواء، فهذا بينهما نصفان، وإن كانت مختلفة، فبحساب ذلك؛ لأن الشركة لما وقعت بالعروض والمكيل، وأنها تتعين بالتعيين، ينقسم ما اشتريا على العروض، ويثبت الملك فى المشترى بقدر ما كان ثابتا فى العروض.

١٠٥٦٧- فإن باعا المشترى بعد ذلك، ثم أراد القسمة، فإن كانت الشركة وقعت بما لا مثل له من العروض، اعتبرت قيمته يوم الشراء؛ لأن حقهما فى العروض انتقل إلى المشترى، وصار رأس مالهما فيما اشترى بالشراء لا يجوز أن يثبت مثله فى المشترى؛ لأنه لا مثل له، فيثبت قيمته، وإن كان له مثل فى المكيل والموزون، والعددى المتقارب، فقد ذكر فى "الأصل": أنه يعتبر القيمة يوم القسمة، وذكر فى "الإملاء": أنه يعتبر القيمة يوم الشراء.

قال "القدورى": و [هو] الصحيح، وإليه أشار محمد فى شركة "الجامع"، فإن فى شركة "الجامع" اعتبر قيمة رأس المال عند اختلاف رأس المال، ليحصل الربح يوم الشركة، ولتحصيل الملك فى المشترى يوم الشراء، وليحصل رأس المال يوم القسمة، وإذا كان المعتبر فى وقوع الملك والمشترى قيمة رأس المال يوم الشراء، فإنه يملك كل واحد منهما من المشترى بقدر رأس ماله عند الشراء، ثم إذا باعا ذلك، فثمن حصة كل واحد منهما تكون له، كما فى العروض.

١٠٥٦٨- وإذا كان رأس مال أحدهما دراهم، ورأس مال الآخر دنانير، وقيمة الدنانير مثل قيمة الدراهم، فاشترى صاحب الدراهم بالدراهم غلامًا، واشترى صاحب الدنانير بالدنانير جارية، ونقدا المالين، وكان ذلك فى صفقتين، فهلك الغلام والجارية فى أيديهما، يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله.

ولو اشترياهما صفقة واحدة، والباقى بحاله، لا يرجع أحدهما على صاحبه بشىء، وجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى شراء النصف حال تفرق الصفقة، ولم يجعل كذلك حال اتحاد الصفقة، وإنما كان كذلك لأن الوكالة فى هذه الشركة إنما تثبت ضرورة كون المستفاد بالشراء مشتركًا بينهما، وإذا اشتراهما بصفقة واحدة، فقد انعدمت هذه الضرورة؛ لأن المشترا يصير مشتركًا بينهما بدون الوكالة، هذه المسألة مع أجناسها فى "الجامع".

١٠٥٦٩- فى "المنتقى": قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: فى شريكين شركة عنان،

رأس مالهما سواء، كل واحد منهما يعمل برأيه، ويبيع ويشترى وحده عليه وعلى صاحبه، فباع أحدهما حصته من متاع، وأشهد على ذلك، فالبيع من حصته وحصة شريكه، وكذلك لو باع حصة شريكه؛ لأنه لا يستطيع أن يقاسم نفسه، وكذلك المضارب والمبضع إذا خلط ماله بمال الآمر، وقد أذن له أن يعمل فيه برأيه.

١٠٥٧٠- وفيه أيضًا: [فى شريكى العنان إذا كان أحدهما يلى البيع والشراء، واستدان دينًا، ومعناه: اشترى بالنسيئة، ثم ناقضه صاحب الشركة، وأراد قبض نصف المتاع، وقال: آخذ منك الدين، فارجع عليّ، فليس له ذلك إلا إذا أذن له شريكه فى ذلك. وفيه أيضًا][1] عن أبى يوسف فى المفاوضة إذا تناقضا المفاوضة، وفى أيديهما متاع، فأراد أحدهما أخذ [نصف] المتاع، فله ذلك؛ لأن للغريم أن يأخذ أيهما شاء بالدين.

١٠٥٧١- وفيه أيضًا: إذا قال لغيره: أشركتك فيما أشترى من الدقيق فى هذه السنة، ثم أراد أن يشترى عبدًا لكفارة ظهاره، وما أشبه ذلك، وأشهد وقت الشراء أنه يشتريه لنفسه خاصة، لم يجز ذلك، وللشريك نصفه، إلا إذا أذن له شريكه فى ذلك، وكذلك لو اشترى طعامًا لنفسه، وأشرك غيره فيما يشترى من الطعام.

١٠٥٧٢- مات أحد شريكى العنان، والمال فى يده، ولم يبين، فهو ضامن؛ لأن بترك البيان ههنا تصير الأمانة مجهولة، بحيث لا يتوصل إليها، بخلاف المفاوضة على ما مرّ.

١٠٥٧٣- استعار أحد شريكى العنان دابة ليحمل عليها طعامًا له لرزقه خاصة، فحمل عليها شريكه مثل ذلك الطعام من خاصة نفسه، وهلكت الدابة، ضمن قيمة الدابة. ولو استعار أحد شريكى العنان دابة ليحمل عليها طعامًا من تجارتهما، فحمل عليها شريكه مثل ذلك الطعام من تجارتهما، وهلكت الدابة، لا ضمان.

فالحاصل أن الاستعارة من أحد شريكى العنان إذا كانت منفعة العارية راجعة إلى المستعير خاصة، ليست [كالاستعارة منهما، والاستعارة من أحد شريكى العنان إذا كانت منفعة العارية راجعة إليهما][2] كالاستعارة منهما، فلم يجعل هكذا فى الشراء، فإنه إذا اشترى أحدهما شيئًا من تجارتهما، فليس للبائع أن يطالب الآخر بالثمن، ولم يجعل البيع من أحدهما بمنزلة البيع منهما -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"ف".

الفصل الخامس
فى الشركة بالوجوه

١٠٥٧٤- قد مر صورتها، وشرط جوازها فى صدر "الكتاب"، قال محمد: إذا اشتركا شركة عنان بأموالهما، ووجوههما، فاشترى أحدهما متاعًا، فقال الشريك الذى لم يشترِ: المتاع من شركتنا، وقال المشترى: هو لى، وإنما اشتريته بمالى ولنفسى، فإن كان المشترى يدعى الشراء لنفسه بعد الشركة، فهو بينهما على الشركة إذا كان المتاع من جنس تجارتهما، وإن كان يدعى الشراء لنفسه قبل الشركة، ينظر، إن علم تاريخ الشراء وتاريخ الشركة، ينظر إلى أسبقهما تاريخا، إن كان تاريخ الشراء أسبق، فهو للمشترى مع يمينه: بالله ما هو من شركتنا، وإن كان تاريخ الشركة أسبق، فهو على الشركة؛ لأن ما اشتراه أحد الشريكين بعد الشركة من جنس [تجارتهما][1] لنفسه حال غيبة الشريك الآخر، فهو على الشركة؛ لأنه لايملك عزل نفسه حال غيبة صاحبه، وإن علم تاريخ الشراء أنه كان قبل هذه المنازعة بشهر، ولم يعلم تاريخ الشركة فهو للمشترى خاصة، لأنه إذا لم يعلم بالشركة تاريخ وإنه حادث يحال حدوثها على أقرب ما ظهر كأنها عقد الشركة للحال، فيصير الشراء قبل الشركة. وإن علم تاريخ عقد الشركة أنه قبل هذه المنازعة بشهر ولم يعلم تاريخ الشراء أصلا، فهو على الشركة، ويجعل كأنه اشتراه للحال، لما مرّ.

وإن لم يعلم للشركة والشراء تاريخ، فهو للمشترى مع يمينه بالله ما هو من شركتنا؛ لأنه إذا لم يعلم تاريخهما، يجعل كأنهما وقعا معًا، ولو وقعا معًا، فالمشترى لا يكون على الشركة؛ لأن المشترى إنما يكون على الشركة إذا حصل الشراء بعد الشركة.

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: شركتهما.

الفصل السادس
في الشركة بالأعمال

١٠٥٧٥- قد ذكرنا أنها نوعان: صحيحة، وفاسدة. فالصحيحة: الشركة في تقبل الأعمال، وقد ذكرنا صورتها، وشرائطها، وحكمها.

١٠٥٧٦- قال "القدوري": وإن عمل أحدهما دون الآخر في هذه الشركة، وهي مفاوضة، أو عنان، فالأجر بينهما على ما شرطا؛ لأن الشركة انعقدت على التقبل، وذلك نافذ عليهما، والعمل من أحدهما إلغاء لما عليه وعلى صاحبه، فيصير صاحبه كالمستعين بالعامل.

١٠٥٧٧- في "المنتقى" بشر عن أبي يوسف في قصارين شريكين، طلب رجل ثوبًا في أيديهما أنه دفعه يعملانه بأجر، فأقر به أحدهما، وجحد الآخر، وقال: هو لي، فالمقر منهما مصدق في ذلك، فيدفع الثوب، ويأخذ الأجر استحسانًا، والقياس أن لا يصدق، وقال: ينفذ إقراره بالنصف الذي في يده خاصة، وإنما استحسنا في ضمان العمل، والمطالبة بالأجر خاصة، فألحقناها في هذين الوجهين بالمفاوضة، وفيما عداهما بقي على الأصل.

وجه الاستحسان: أنه لما ظهر معنى المفاوضة في ضمان العمل ظهر في محل العمل أيضًا، فنفذ إقراره في محل العمل على صاحبه. وكذلك إن كان في الثوب خرق، وأقر أحدهما أنه من الدق، وجحد الآخر أن يكون الثوب للطالب، وقال: هو لنا صدقت المقر على ذلك؛ لأني أصدقه على الثوب أنه للمقر له، ولو أن المنكر أقر للثوب أنه لآخر وادعاه بعد إنكاره الأول كان الإقرار له إقرار الأول في الثوب، ولا يصدق الآخر على الثوب، ويصدق على نفسه بالضمان، ولا يرجع على صاحبه بشيء من ذلك.

١٠٥٧٨- وأيهما أقر بثوب مستهلكة بفعلهما لرجل، والآخر منكر، فالضمان على المقر خاصة، وكذلك إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون، أو أشنان مستهلك، أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت، لم يصدق على صاحبه إلا ببينة، ويلزم المقر خاصة.

وإن كانت الإجارة لم تمض، والمبيع لم يستهلك لزمهما، ونفذ إقرار المقر على صاحبه إلا أن يدعي أنه لهما بغير شراء، فيكون القول قوله، قال: ولا يشبه الشراء الإجارة في هذا الوجه، إنما أخذت في الإجارة بالاستحسان. ألا ترى أن البائع يأخذ بالثمن المشتري دون

الشريك، ويأخذ بالإجارة بالعمل أيهما شاء استحسانًا، وإنما أخذت فى الشراء بالقياس بحكم الشريكين غير المتفاوضين.

١٠٥٧٩ - وإن قال أحدهما: اشتريت هذا الصابون من هذا أنا، وشريكى بدراهم، وقال الآخر مثل ذلك، فعلى كل واحد منهما نصف درهم للذى أقر له والصابون بينهما، ولو قال: إشتريت بأحدهما هذا الصابون من هذا بدرهم، وقال الآخر: لا، بل اشتريته أنا من هذا الآخر بدرهم، فعلى كل واحد منهما درهم للذى أقر له، ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشىء.

١٠٥٨٠ - ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: فى ثلاثة نفر من الكيالين، اشتركوا بينهم على أن ينقلوا الطعام، أو يكيلونه، فما أصابوا من شىء كان بينهم، فنقلوا طعامًا بأجر معلوم، فمرض أحدهم وعمل الآخران قال: فالأجر بينهم أثلاثًا، ولو أنه حين مرض أحدهم كره الآخران أن يعملا عمله، فناقضاه الشركة بمحضر منه، أو قال: اشهدوا أنا ناقضناه الشركة، ثم كالا الطعام كله، فلهما ثلثا الأجر، ولا أجر لهما فى كيل الثلث الباقى، وهما متبرعان فى كيله ولا يشركهما الثالث فيما أخذًا من الأجر.

١٠٥٨١ - وكذلك ثلاثة نفر تقبلوا من رجل عملا بينهم، وليسوا بشركاء، ثم عمل أحدهم ذلك العمل، فله ثلث الأجر، وهو متطوع فى الثلثين من قبل أنه ليس لصاحب العمل أن يأخذ أحدهم بجميع ذلك؛ لأنهم ليسوا بشركاء، وإذا كانوا شركاء فلصاحب العمل أن يأخذ واحد منهم بجميع العمل.

فى "فتاوى أبى الليث": معلّمان اشتركا لحفظ الصبيان، وتعليم القرآن، فعلى ما أخترنا للجواب فى الفتاوى أن الاستئجار لتعليم القرآن جائز، تجوز هذه الشركة.

وأما الشركة الفاسدة، فلها صور قد ذكرنا بعضها فى صدر الكتاب، وهى الشركة فى أخذ المباح كالحطب، والحشيش، والصيد، وما أشبه ذلك، ولكل واحد منهما ما أخذ وثمنه له، وربحه ووضيعته عليه؛ لأن الشركة إذا لم تصح كان الحال بعد الشركة كالحال قبلها، وقبل الشركة الحكم ما قلنا.

١٠٥٨٢ - وإن أخذ كل واحد منهما على الانفراد شيئًا، وخلطاه، وباعاه، فإن كان يعلم قدر ما أخذ كل واحد قسم الثمن على قدر الكيل والوزن، إن كان ما أخذ مما يكال أو يوزن، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن ضرب كل واحد منهما فى الثمن بقيمة، وإن لم يعرف الكيل والوزن والقيمة صدق كل واحد منهما فيما يدعى من ذلك إلى النصف؛ لأن المال فى

أيديهما على السواء. ألا ترى أنهما لو أخذا جملة كان المأخوذ بينهما، وطريقه ما قلنا.

١٠٥٨٣- فإن احتطب، أو احتشّ أحدهما، وأعانه الآخر في جمعه كان المجموع كله للذي احتطب، وللآخر أجر مثله عندهم جميعًا؛ لأن المحتطب استوفى منفعة المعين بحكم عقد فاسد، ولا يجاوز به نصف الثمن عند أبي يوسف؛ لأنه قد رضي بنصف المسمى، ألا ترى أن في سائر التجارات الفاسدة لا يزداد على المسمى، وإنما لا يزداد على المسمى لما قلنا.

وعند محمد رحمه الله تعالى: يجب أجر المثل بالغا ما بلغ؛ لأن المسمى هنا مجهول القدر والجنس، فإنهما لا يدريان أي شيء يصيبان، وكم يصيبان، والتسمية في الإجارة الفاسدة إذا كانت مجهولة يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، وإذا كانت معلومة كالإجارة وفسدت الإجارة بسبب من الأسباب لا يزداد على المسمى بلا خلاف. وكذلك إذا اشتركا على أن ينقلا الطين من أرض مباح، ويبيعانه، وكذلك إذا اشتركا على أن يلبنا من طين أرض لا يملكانه، ويطبخان آجرًا، فهذه الشركات كلها فاسدة.

١٠٥٨٤- وإن كان الطين مملوكًا لرجل، فاشتركا على أن يشتريا من ذلك الطين، أو يلبنا منه، فذلك جائز؛ لأنه إن كان لهما رأس مال، فهذه شركة عنان، وإن لم يكن لهما رأس مال، فهذه شركة وجوه وكلاهما جائزان.

١٠٥٨٥- وإذا اشتركا في الاصطياد ولهما كلب، فأرسلاه، أو نصبا شبكة، فالصيد بينهما، وإن كان الكلب لأحد هما فأرسلاه فما أخذ، فهو لصاحب الكلب؛ لأنه منفعة كلبه ومنفعة ملك الإنسان له، إلا إذا جعلها [لغيره][1]، كما لو أعار كلبه من غيره، فاصطاد به المستعير. وإنما قلنا: بأن الصيد منفعة كلبه؛ لأن الإجارة وإن حصلت بالإرسال، والأخذ جميعًا إلا أن الأخذ آخرهما، فكانت لإصابة مضافة إلى الآخذ، والآخذ كلب أحدهما، فهو معنى قولنا: إن الصيد منفعة كلب أحدهما.

١٠٥٨٦- وإن كان لكل واحد منهما كلب، فأرسل كل واحد منهما كلبه، فإن أصاب كل صيدًا على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه، وإن أصابا صيدًا واحدًا، فهو بينهما، وإن أصاب أحدهما صيدًا لكنه لم يثخنه، ثم جاء الكلب الآخر وأعانه عليه كان بينهما نصفين؛ لأن الأخذ في هذه الصورة مضاف إلى الكلبين، فإنه لولا الثاني ربما ينفلت الصيد عن الأول بخلاف ما لو أثخنه الأول؛ لأن الأخذ في هذه الصورة مضاف إلى الأول.

١٠٥٨٧- ومن صور الشركة الفاسدة: إذا اشتركا، ولأحدهما بغل، وللآخر بعير،

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: من غيره مكان لغيره.

على أن يؤاجرهما، والأجر بينهما، فالشركة فاسدة؛ لأن تقديرهما كأن كل واحد منهما قال لصاحبه: آجر دابتك؛ ليكون الآجر بيننا، ولو صرح بذلك كانت الشركة فاسدة، بخلاف الشركة فى الأعمال بأبدانهم؛ لأن العقد هناك على تقبل العمل، وتقديرها كأن كل واحد منهما قال لصاحبه: تقبل العمل على وعليك لتعمل، ويكون الأجر بيننًا، ولو صرح بذلك كان جائزًا.

١٠٥٨٨- ولو آجر الدابتين جميعًا بأعيانهما صفقة واحدة، ولم يشترطا فى الإجارة على أحدهما كان الأجر مقسومًا بينهما على قدر أجر مثل دابتهما، كما قبل الشركة، وإن شرط عملهما مع الدابة، نحو السوق، والحمل، وغير ذلك، قسم الأجر على أجر مثل دابتهما وعلى أجر عملهما كما قبل الشركة. وإن تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم، ولم يؤاجر الدابتين، بل تقبلا الحمل لا غير، ألا يرى أنهما لو حملاها على أعناقهما استحقا الأجر، فالعقد انعقد على التقبل، والتقبل منهما وجد على السواء.

١٠٥٨٩- ولو أن قصّارين اشتركا، ولأحدهما أداة القصارين، وللآخر بيت، على أن يعملا بإداة هذا فى بيت هذا على أن الكسب بينهما نصفان، فهذا جائز؛ لأن الشركة هنا وقعت على التقبل لا على إجارة البيت والأداة، فإنهما [لم يقولا][1]: على أن يؤاجر الأداة، والبيت، والشركة فى تقبل الأعمال جائز.

١٠٥٩٠- ومن صور الشركة الفاسدة: اشتركا ولأحدهما دابة، وللآخر أكاف وجوالق على أن يؤاجر الدابة، فما آجراها له من شيء حملاه بهذه الأداة على أن الأجر بينهما نصفان، فهذه شركة فاسدة، فإن أجر الدابة لحمل الطعام إلى موضع معلوم، ثم تقبلاه بتلك الأداة بأنفسهما كان الأجر كله لصاحب الدابة، ولا ينقسم على أجر مثل الدابة، وأجر مثل الأكاف والجوالق؛ لأن الإجارة وقعت على الدابة مقصودا؛ لأن الحمل على الدابة، وهو المقصود، والأكاف والجوالق آلة الحمل، فدخولهما فى الإجارة بطريق التبعية، فلا يقابلها شيء من الأجر.

١٠٥٩١- ولو كانا اشتركا على أن يتقبلا حمل الطعام على أن يعمل هذا بأداته، وهذا بدابته، فالأجر بينهما نصفان، ولا أجر لدابة هذا، ولا لأداة هذا؛ لأن العقد ههنا وقع على التقبل فى العمل، وهما فى التقبل على السواء.

١٠٥٩٢- قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ولو أن رجلا دفع الدابة إلى رجل؛ ليؤاجرها

---

(١) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل: لم يقرأ.

على أن ما آجرها من شيء، فهو بينهما نصفان، فهذه الشركة فاسدة [والأجر كله لرب الدابة، وللذى آجر مثل عمله. ولو دفع دابة إليه ليرفع عليها البر والطعام على أن الربح بينهما نصفان، فالشركة فاسدة][1] أيضًا، وكان الثمن كله لصاحب البر والطعام؛ لأنه بدل ملكه، ولصاحب الدابة أجر مثل الدابة.

١٠٥٩٣- فى "المنتقى": اشتركا يعملان على أن لأحد هما أجر كل شهر عشرة دراهم ليس من مال الشركة، فالشركة جائزة، والشرط باطل.

١٠٥٩٤- فى "الفتاوى": أعطى بذر الفُلّيق رجلا ليقوم عليه ويعلفه بالأوراق على أن ما حصل، فهو بينهما، فقام عليه ذلك الرجل حتى أدرك، فالفُلّيق لصاحب البذر؛ لأنه حدث من بذره، ولذلك الرجل[2] الذى قام عليه قيمة الأوراق، وأجر مثله على صاحب البذر. وعلى هذا إذا دفع البقرة إلى إنسان بالعلف؛ ليكون الحادث بينهما نصفان، فما حدث، فهو لصاحب البقرة، ولذلك الرجل مثل علفه الذى علفها، وأجر مثله فيما قام عليها؛ لأنه غير متبرع فى ذلك حيث شرط لنفسه نصف الحادث. وعلى هذا إذا دفع الدجاجة إلى رجل بالعلف؛ ليكون البيض بينهما نصفين. والحيلة أن يبيع نصف البقرة من ذلك الرجل، ونصف الدجاجة، ونصف بذر الفُلّيق بثمن معلوم حتى تصير البقرة وأجناسها مشتركة بينهما، فيكون الحادث بينهما على الشركة.

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى النسخ التى عندنا: وللرجل مكان ولذلك الرجل.

الفصل السابع
فى تصرف أحد الشريكين فى الدين[1] المشترك

١٠٥٩٥- كل دين وجب لاثنين على واحد بسبب واحد حقيقةً وحكمًا، كان الدين مشتركًا بينهما، فإذا قبض أحدهما شيئًا منه كان للآخر أن يشاركه فى المقبوض؛ لأن الدين عد ما على اعتبار القبض بسبب القبض يزداد نصيب القابض، وهذه الزيادة سرها إلى أصل الحق، وإذا كان أصل الحق مشتركًا بينهما، فكذا الزيادة فيه فيكون مشتركًا كالولد والثمر. ويستوى فى حق هذا الحكم أن المقبوض أجود منه، أو أردأ؛ لأن حق الشركة أنما يثبت باعتبار الزيادة الحاصلة بسبب القبض، فيثبت الشركة فى عين المقبوض [سواء كان المقبوض][2] أجود أو أردأ.

١٠٥٩٦- وكل دين وجب لاثنين بسببين مختلفين حقيقةً وحكمًا أو حكمًا لا حقيقةً لا يكون مشتركًا حتى إذا قبض أحدهما شيئًا ليس للآخر أن يشاركه فيما قبض.

١٠٥٩٧- بيانه من المسائل ما ذكر فى "الجامع": رجلان باعا عبدًا بينهما من رجل بثمن معلوم، فقبض أحدهما شيئًا من الثمن من المشترى كان للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن هذا دين وجب لهما بسبب واحد حقيقةً وحكمًا، أما حقيقة: فظاهر، وأما حكمًا، فلأن سبب صحة بيع أحدهما منوط بصحة بيع الآخر، حتى لو قبل المشترى نصف أحدهما دون الآخر لا يجوز. ولو سمى كل واحد لنصيبه ثمنًا على حدة، فقبض أحدهما شيئًا من الثمن لم يكن للآخر أن يشاركه فى ظاهر الرواية؛ لأن هنا دين وجب بسببين مختلفين حكمًا فى ظاهر الرواية؛ لأن هنا الصفقة بها تتفرق فى ظاهر الرواية، ولهذا كان للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما دون الآخر.

١٠٥٩٨- ولو كان لأحدهما عبده وللآخر أمة، باعاهما بألف درهم، فقبض أحدهما شيئًا من الثمن، كان للآخر أن يشاركه؛ لأن السبب متحد حقيقةً وحكمًا، فكان الواجب به مشتركًا، وإن كان بدلا عما ليس بمشترك.

١٠٥٩٩- ولو سمى كل واحد منهما لمملوكه ثمنًا، لم يكن للآخر أن يشارك القابض فى

---

(١) هكذا فى نسخ "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل: المال مكان الدين.

(٢) أثبتت هذه العبارة من "ف".

المقبوض، في ظاهر الرواية؛ لما قلنا.

١٠٦٠٠ - ولو آجر دارًا مشتركة بينهما من رجل بأجرة معلومة، اشتركا فيما يقبضان؛ لأنهما بهما منفعة مشتركة بينهما من رجل بأجر واحد، فيعتبر بما لو باعا عينًا مشتركًا بثمن واحد.

١٠٦٠١- ولو أمر رجل رجلين أن يشتريا [جارية، فاشتريا ها][1] له، ونقد الثمن من مال مشترك بينهما، أو من مال متفرق، لم يشتركا فيما قبض من الألف؛ لأن سبب وجوب الدين للوكيلين على الموكل مختلف حكمًا؛ لأن سبب الوجوب على الموكل البيع الحكمى الذى جرى بين الوكيل والموكل، كأن الوكيل اشترى لنفسه، ثم باعه من الوكيل بما وجب للبائع على الوكيل، وقد وجب على كل واحد من الوكيلين خمس مائة، فصار كل واحد من الوكيلين لإيفاء نصفه اشترى بخمس مائة، ولو صرحا بذلك كان السبب مختلفًا حكمًا فى ظاهر الرواية.

١٠٦٠٢- ولو كان على رجل ألف درهم دين لرجل، فكفل عن الغريم رجلان وأديا، ثم قبض أحد الكفيلين من الغريم شيئًا، كان محمد رحمه الله تعالى يقول أولا: لايكون للآخر حق المشاركة إلا إذا أديا من مال مشترك بينهما، ثم رجع، وقال: يكون للآخر حق المشاركة، وإن أديا من مال مشترك بينهما، وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، و وجه ذلك أن ما وجب للكفيلين على الغريم وجب بسببين مختلفين من حيث الحكم؛ لأن كفالتهما مختلفة حكمًا؛ لأن كفالة كل واحد منهما صحتها غير متعلقة منوطة بكفالة الآخر، ألا ترى أن الطالب لو قبل كفالة أحدهما دون الآخر صح.

١٠٦٠٣- قال "القدورى": ولو أخرج القابض ما قبض من يده بأن وهبه، أو قضاه غريمًا، فليس للشريك الآخر أن يأخذ من يد الذى هو فى يده؛ لأن المقبوض فى يد القابض خالص حقه لاحق للشريك فيه؛ لأنه خيّر للشريك فى الدين، لكن للشريك حق المشاركة، لما قلنا، فقبل المشاركة هو على حق القابض، فنفذ تصرفه، فلا يكون للآخر حق القبض، ولكن للآخر أن يضمنه مثله. وهو نظير المبيع بيعًا فاسدًا إذا أخرجه المشترى عن ملكه، لا يكون للبائع حق الأخذ بعد ذلك، ولكن له أن يضمن المشترى قيمته.

قال: وما قبض الشريك من شريكه كان للقابض دين على الغريم؛ لأن قبض القابض قد انتقض فى بعض المقبوض بالاسترداد، فيعاد حقه على ما كان عليه.

---

(١) أثبت من نسخة "ظ".

١٠٦٠٤- ولو كان الدين ألف درهم، فأبرأ أحدهما الغريم عن مائة، ثم خرج من الدين شىء، اقتسماه بينهما على قدر حقهما على الغريم، وذلك تسعة أسهم.

١٠٦٠٥- ولو اشترى أحدها بنصيبه ثوبًا، كان لشريكه أن يضمنه من الدين، ولا سبيل له على الثوب؛ لأن الثوب إنما صار مملوكًا له بالشراء، قال: إلا أن يجمع على الشركة فى الثوب، ويصير كأن مشترى الثوب باع نصف الثوب منه. ولو لم يشترِ، ولكنه صالح من حقه على ثوب، فالمصالح بالخيار، إن شاء أعطاه مثل [نصف حقه، وإن شاء دفع إليه مثل][1] الثوب؛ لأن مبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق، فلوكلفناه أداء نصف الدين، يتضرر، ولا كذلك المشترى، فإن مبناه على المماكسة، فالظاهر أنه صار مستوفيًا كمال حقه.

وللذى لم يقبض فى هذه الوجوه كلها أن يرجع بكل حقه على الذى عليه الدين، فإن سلم القاضى ما قبض، ثم توى الدين على الغريم، فله أن يرجع على الشريك؛ لأنه إنما سلم له المقبوض بشرط سلامة الباقى له، إلا أنه ليس له أن يرجع فى عين تلك الدراهم، وللقابض أن يعطيه مثلها.

١٠٦٠٦- ولو أخر أحدهما نصيبه، لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وجاز عندهما، فرع على قولهما، فقال: [إذا قبض الشريك][2] الذى لم يؤخر، لم يكن للذى أخره أن يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه، فإذا حل شاركه إن كان قائمًا، وإن كان مستهلكًا ضمنه حصته.

ولو أن الغريم عجل المؤخر مائة درهم، كان لشريكه أن يقاسمه، فيكون بينهما نصفين، ثم يرجع هنا القابض على الغريم بما أخذ منه، وذلك خمسون من حقه الذى لم يؤخر من قبل، أن الذى لم يؤخر إذا أخذ من المؤخر، صار للمؤخر حصته مثل ذلك، ألا ترى أن الغريم لو عجل للمؤخر جميع حقه، وذلك خمسمائة، فأخذ الذى لم يؤخر نصيبه، كان للرجل أن يرجع على الغريم بما أخذ منه، خرج حصة شريكه، فإذا أخذها، اقتسمها وشريكه على عشرة أسهم، وقد بقى لشريكه أربعمائة وخمسون، وبقى له من ذلك المعجل خمسون، فيجعل كل خمسين بينهما، فيصير جملته عشرة أسهم.

١٠٦٠٧- ولو كان الدين مشتركًا بين رجلين على امرأة، وتزوجها أحدهما على حصته، فعن أبى يوسف فيه روايتان، قال فى رواية: يرجع بنصف حقه من ذلك؛ لأن القبض

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وقع بطريق المعاوضة، كما فى بدل المبيع.

وقال فى رواية: لا يرجع، وهو قول محمد، وعن محمد: أنه لو تزوجها على خمسمائة مرسلة، كان لشريكه أن يأخذ منه نصف خمسمائة.

١٠٦٠٨- وفى "القدورى": ولو استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا، صارت قيمته قصاصًا، ولشريكه أن يرجع عليه.

١٠٦٠٩- وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: لو أن أحد ربَّى الدين أفسد على المطلوب، أو قتل عبدًا له، أو عقر دابة له، فصار ماله قصاصًا بذلك، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشىء.

ولو كان للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه، فصار قصاصًا لفلان على الذى سقط عنه الدين لشريكه؛ لأنه قضى دينًا كان عليه، ولم يقبض؛ لأن آخر الدينين يصير قصاصًا لأولهما، ولا يصير قصاصًا لآخرهما.

١٠٦١٠- وفى "المنتقى": عن أبى يوسف: لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل[1]، صارت حصته قصاصًا به، ولا شىء لشريكه عليه، فإن اقتضى عن المكفول عنه ذلك المال، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضًا، فيشاركه فى ذلك.

١٠٦١١- ولو كان المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلا بحصته، أو أحاله بذلك على رجل، فما اقتضاه هذا الشريك من الكفيل أو الحويل، فللآخر أن يشاركه فيه، وكذلك لو أن المطلوب أعطى أحدهما رهنًا بحصته، فهلك عنده، فلشريكه أن يضمنه؛ لأن الرهن استيفاء حكمى، فيعتبر بالاستيفاء الحقيقى.

١٠٦١٢- لو غصب أحدهما من المطلوب عبدًا، ومات، فكذلك الجواب لشريكه أن يضمنه؛ لأن الملك فى المغصوب يستند إلى أول الغصب، وكذلك لو اشترى منه عبدًا بشراء فاسد، ومات عنده، أو باعه، أو أعتقه. ولو ذهبت إحدى العينين بآفة سماوية فى ضمان الغصب، والمرتهن والمشترى بشراء فاسد، لم يضمن لشريكه شيئًا؛ لأن ما تلف عنده، فليس بسالم له؛ لأنه لا يمكن القول بإثبات الملك فيه، بخلاف نفس العبد.

١٠٦١٣- وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجلان لهما على رجل ألف درهم، فصالح أحدهما المديون من الألف كلها على مائة درهم، ثم قبضها، وأجاز الآخر جميع ما صنع [فهو جائز، وله نصف المائة، فإن قال القابض: قد هلك، فهو

---

(١) وفى "ظ": المطلوب مالا على رجل، مكان: للمطلوب مالا على رجل.

مؤتمن، ولا ضمان عليه، وقد برئ الغريم، وإن أجاز الصلح، ولم يقل: أجزت ما صنع][1]، فإنه يرجع على الغريم بخمسين، ويرجع الغريم على القابض بخمسين من قبل أن إجازة الصلح ليست إجازة للقبض.

١٠٦١٤- وفيه أيضًا: رجلان لهما في يد رجل غلام، أو دار صالحه أحدهما منه على مائة، قال أبو يوسف: إن كان الذي في يديه الغلام مقرًا بالغلام فإنه لا يشاركه في المائة، وإن كان جاحدًا له شاركه فيها. وقال محمد: هما فيه سواء، لا يشاركه فيها، إلا أن يكون الغلام مستهلكًا.

١٠٦١٥- وفيه أيضًا عن أبي يوسف: رجلان اشتريا من رجل جارية، اشترى أحدهما نصفها بألف درهم، واشترى الآخر نصفها بألف درهم، ثم وجدا بها عيبًا، ورداها، ثم قبض أحدهما حصته من الثمن، لا يشاركه صاحبه فيما قبض، دفعا الثمن مختلطًا في الابتداء، أو دفع كل واحد منهما الثمن على حدة؛ لأنه صفقتان، وكذلك إن استحقت الجارية، فإن وجدت الجارية حرة، وقد دفعا الثمن مختلطًا، كان للآخر أن يشارك القابض فيما قبض؛ لأنه لم يقع في هذه الجارية بيع، وإنما هذه الألف كانت بهما عند البائع بينهما.

وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه رجع عن قوله في فصل الرد بالعيب، فقال: إذا دفعا الثمن مختلطًا، ثم ردا الجارية بالعيب معًا، اشتركا فيما قبضه أحدهما، وإن ردا بالعيب متفرقًا، لم يشتركا فيه، وأما في الاستحقاق والحرية يشتركان فيما قبضه أحدهما، يريد به إذا دفعا الثمن مختلطًا.

١٠٦١٦- وفيه أيضًا عن أبي يوسف: إن أقر لهذين عليه ألف درهم ثمن جارية، اشتراها منهما، فقال أحدهما: صدقت، وقال الآخر: كذبت، ولكن هذه الخمسمائة التي أقررت بها لي، هي لي عليك من ثمن بز، اشتريته مني، ثم إن الغريم قضى هذا خمسمائة، لم يكن لصاحبه أن يشاركه فيما قبض، ولا يصدق الغريم على أنه بينهما.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثامن
في المتفرقات

١٠٦١٧- أحد شريكي العنان إذا أقر أنه استقرض من فلان ألف درهم لتجارتهما، لزمه خاصة؛ لأن الاستقراض ليس من تجارتهما، وإن أذن كل واحد منهما صاحبه بالاستدانة عليه، لزمه خاصة أيضًا، حتى كان للمقرض أن يأخذ منه، وليس له أن يرجع على شريكه هو الصحيح؛ لأن التوكيل بالاستقراض باطل، فصار وجود الإذن والعدم بمنزلة في "عيون المسائل".

١٠٦١٨- وفيه أيضًا: عبد بين رجلين، قال أحدهما لرجل ثالث: أشركتك في هذا العبد، ولم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفان، ولو كان مكان الشريكين بيعًا من أحدهما نفذ البيع في جميع نصيبه، والفرق أنه في مسألتنا نص على الشركة، ولو صار جميع نصيبه له لا يبقى الشركة، ولا كذلك البيع.

١٠٦١٩- رجلان لهما على آخر ألف درهم، أراد أحدهما أن يأخذ نصيبه، ولا شركة للآخر فيه قال نصير: يهب الغريم إياه خمس مأية درهم، ويقبض، ثم يبرأ الغريم من حصته، وقال أبو بكر: يبيع من الغريم كفًا من الزبيب مثلا بمثل ما له عليه، ويسلم إليه الزبيب، ثم يبرئه مما كان عليه، ثم يطالبه بثمن الزبيب لا بالدين.

١٠٦٢٠- بعير بين شريكين حمل أحدهما ثيابًا من الرستاق شيئًا بأمر الشريك، فسقط في الطريق فنحره هذا الشريك، فلا ضمان عليه، إن كان لا يرجى حياة البعير، وإن كان يرجى حياته، فهو ضامن؛ لأن كل واحد من الشريكين مأمور بحفظ نصيب شريكه، والحفظ عند التيقن بالموت لا يكون إلا بالذبح، ولو كان الذابح أجنبيًا، فهو ضامن على كل حال، هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في الباب الأول من "واقعاته"، وقد ذكر مسألة الأجنبي، وما يتصل بها في كتاب الغصب.

١٠٦٢١- اشتركا شركة عنان على أن يبيعا بالنقد والنسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن بيع النسيئة قال النصير: لا يجوز نهيه كما في العبد المأذون، وقال ابن سلمة: يجوز نهيه؛ لأن في الابتداء إن اشتركا على هذا الشرط يجوز، فكذا في الانتهاء، وفي العبد المأذون هذا الشرط في الابتداء لا يجوز، كذا في الانتهاء.

١٠٦٢٢- قال في "الجامع": رجل دفع إلى رجل مائة دينار قيمتها ألف درهم وخمس مائة على أن يشترى بها وبألف درهم من عنده، ويبيع، مما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا، فهذا جائز، وأنه مضاربة معنى إن كان شركة صورة من حيث إنه شرط فيه رأس المال من الجانبين، إلا أنه تعذر اعتبارها شركة؛ لأن العمل فيه مشروط على أحدهما، وفي الشركة يكون العمل مشروطًا عليهما. فعلم أنها مضاربة معنى، صار تقدير هذه المسألة: دفعت إليك هذه المائة مضاربة على أن تعمل بها، وبألف من عندك على أن الربح بيننا نصفان[1] [ولو صرح بهذا يجوز، ويصير شرطًا للمدفوع إليه سدس ربح ماله؛ لأنه لو قال: على أن الربح بيننا][2] كان الربح بينهما أخماسًا على قدر رأس مالهما، وإن قال: على أن الربح بيننا نصفان، فقد صار شارطًا خمسين، ونصف، فيكون شارطًا له نصف سهم من ثلاثة أسهم من حصته، فيكون سدسًا.

١٠٦٢٣- ولو كانت قيمة المائة دينار ألفًا فقال للمدفوع إليه: اعمل بها وبألف من مالك على أن الربح بيننا نصفان، فهذه بضاعة؛ لأنه تعذر تجويزها شركة؛ لأن العمل مشروط على أحدهما، وتعذر تجويزها مضاربة؛ لأن الدافع لم يشترط له شيئًا من ربح ماله، فكان بضاعة، وصار تقدير هذه المسألة: اعمل بمالي على أن الربح كله لي، وأعمل بمالك على أن الربح كله لك.

١٠٦٢٤- ولو كانت قيمة الدنانير ألفًا قال للمدفوع إليه: أعمل بها، وبألف وخمس مائة من مالك على أن الربح بيننا نصفان كان هذا بضاعة، والربح بينهما على قدر رأس المال، واشتراط مناصفة الربح باطل؛ لأنهما إذا شرطا من صفة الربح، فالدافع لم يشترط للعامل شيئًا من ربح ماله، بل شرط لنفسه بعض ربح رأس مال العامل، صار تقدير هذه المسألة: اعمل بمالي على أن الربح لي، وأعمل بمالك على أن بعض ربح مالك لي، فبطل شرط مناصفة الربح، وصار كأنه قال: على أن الربح بيننا.

١٠٦٢٥- في "العيون": ثلاثة نفر ليسوا شركاء تقبلوا عملا من رجل، فعمل واحد منهم كل ذلك العمل، فله ثلث الأجر، ولا شيء للآخرين؛ لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل واحد منهم ثلث العمل بثلث الأجر، فإذا عمل واحد منهم الكل، كان متطوعًا في الثلثين، فلا يستحق شيئًا من الأجر.

---

(١) وفي "ف": نصفان قرضا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٦٢٦- اشترك اثنان فى الغزل على أن سد الكرباس من أحد هما، واللحمة من الآخر، فنسجا ثوبًا، فالثوب بينهما على قدر قيمة السدى واللحمة.

١٠٦٢٧- فى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: مفاوض وهب رجلا لايجوز، ولصاحبه أن يأخذ من الموهوب له نصف الهبة، فإذا أخذ ذلك، كان بينهما نصفين؛ لأنه من مال بينهما نصفين، وينقض الهبة فيما بقى؛ لأنها غير مقسومة، ويرجع إليهما نصفين.

١٠٦٢٨- وفيه أيضًا فى شريكى العنان: إذا كان أحدهما يلى الشراء والبيع، فاستدان دينًا، ثم ناقضه صاحبه الشركة، وأراد قبض نصف المتاع، وقال: إذا أخذ الدين منك، فارجع على، ليس له ذلك.

١٠٦٢٩- مفاوض اشترى من رجل عينًا بألف درهم، فلم يقبضه، حتى لقى البائع صاحبه، فاشتراه منه بألف درهم وخمس مائة، فإنه يكون الشراء الثانى، والأول ينتقض، والمتفاوضان بمنزلة رجل واحد. المعلى فى "نوادره" عن أبى يوسف: فى رجل كان له على المفاوضين مال، وأبرأ أحدهما عن حصته، فهما بريئان جميعًا.

١٠٦٣٠- فى "الفتاوى": سئل أبو بكر عن شريكين جن أحدهما، وعمل الآخر بالمال، حتى ربح أو وضع، فإن الشركة بينهما قائمة إلى أن يتم إطباق الجنون عليه، فإذا مضى ذلك الوقت ينفسخ الشركة بينهما، فإذا عمل بالمال بعد ذلك، فالربح كله للعامل، والوضيعة عليه وهو كالغضب لمال المجنون، فيطيب له من الربح حصة ماله، ولا يطيب له الربح من مال المجنون، فيتصدق به.

١٠٦٣١- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل عليه ألف درهم لرجل، فأمر رجلين بأداء الألف عليه، فأدياه، ثم رجع أحدهما على الآمر، فقبض منه خمسمائة، فإن أدياه من مال مشترك بينهما كان لصاحبه أن يشاركه فيه، وإن لم يكن ما أدياه مشتركًا بينهما، فإن كان نصيب كل واحد منهما ممتازًا من نصيب صاحبه حقيقة، إلا أنهما أدياه جميعًا، فإن أحدهما لا يشارك صاحبه فيما قبض؛ لأن فى الأمر بقضاء الدين الرجوع بحكم الأداء، ولهذا لا يرجع فبل الأداء، فيعتبر حال المؤدى، فإذا كان المؤدى مشتركًا بينهما يثبت الوجوب مشتركًا، فيكون لكل واحد منهما حق المشاركة مع صاحبه فى المقبوض، وإذا لم يكن المؤدى مشتركًا بينهما لا يثبت الوجوب مشتركًا فلا يكون لأحدهما حق المشاركة مع صاحبه فيما قبض.

١٠٦٣٢ - وفيه أيضًا: شاهدان شهدا على رجل أنه كاتب عبدًا له بألفى درهم له إلى سنة، وقيمة العبد ألف درهم، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما، كان للمولى الخيار إن شاء ضمن الشاهدين قيمة العبد ألف درهم حالة؛ لأنهما قصرا يد المولى عنه من غير عوض حصل له للحال بشهادتهما الباطلة، وإن شاء أتبع المكاتب ببدل الكتابة ألفى درهم إلى سنة، فإن ضمن الشاهدين قيمته حالة قام الشاهدان مقام المولى فى ملك بدل الكتابة قابل للانتقال من ملك إلى ملك، ألا ترى أنه قبل الانتقال من ملك المورث إلى ملك الورثة، أما نفس المكاتب، فلا يقبل الانتقال، فلهذا قام الشاهدان مقام المولى فى ملك بدل الكتابة.

١٠٦٣٣ - فإذا استوفيا ذلك من المكاتب طالبهما أحد الألفين، ولزمهما التصدق بالألف الآخر؛ لأنهما استفادا ذلك بسبب خبيث، وهو الشهادة الباطلة، وكان سبيله التصدق، ويعتق المكاتب؛ لأنه أدى بدل الكتابة إلى من قام مقام المولى، فيعتق كما لو أدى إلى وارث المولى بعد موت المولى، ويكون ولاء المكاتب للمولى؛ لأنه بقى على المكاتب حكم المولى، لما قلنا: إنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك. والشاهدان إنما قاما مقام المولى فى ملك البدل لا غير، ولما بقى المكاتب على ملك المولى كان العتق حاصلا على حكم ملك المولى، فيكون ولاءه للمولى.

وإن أدى المكاتب إلى أحد الشاهدين ألف درهم لا يعتق؛ لأنه بعض البدل، وهل لصاحبه أن يشاركه فيما قبض؟ ليس له ذلك؛ لأن الشاهدين ما ملكا رقبة المكاتب. وإنما قام المولى فى ملك البدل[1] لاعتبار[2] ما لزمهما من ضمان القيمة، وما لزم كل واحد منهما من ضمان القيمة منفصل عما لزم الآخر لانفصال محل لزوم كل واحد منهما [من ضمان القيمة تنفصل عما لزم الآخر لانفصال محل لزوم كل واحد منهما][3] وهو الدم، وتسبب الوجوب على كل واحد منهما بعدمه بالشهادة الباطلة، وشهادة كل واحد منهما بعد ما لا يتعلق بالآخر، وإنما تنقلب الشهادة بعد الرجوع، ورجوع أحدهما غير رجوع الآخر، فصار السبب مختلفًا، فلا يكون لأحدهما حق الشركة مع الآخر.

قال فى الكتاب: ويستوى فى هذا إن أديا القيمة من مال مشترك وغير مشترك؛ لأن رجوعهما لا يتوقف على الأداء. ألا ترى أن المولى لواختار ضمانها كان لها حق الرجوع قبل

---

(١) وفى "م": اليد.

(٢) وفى "ظ": باختيار مكان باعتبار.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الأداء، فلذلك لم يعتبر المؤدى، وصارت هذه المسألة نظير الوكيلين بالشراء، فإن فى تلك المسألة كان للوكيل حق الرجوع بالثمن.

وكذلك البيع إذا شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده هذا من فلان بألف درهم إلى سنة، وقيمة العبد ألف درهم، والمشترى يدعى ذلك، والبائع يجحده، فقضى القاضى به، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما كان للمولى الخيار، إن شاء اتبع المشترى بالثمن إلى أجل، وإن شاء ضمن الشاهدين قيمته حالة، وإن أدخل الشاهدان فى ملك البائع بمقابلة العبد أضعاف قيمته، وذلك ألفًا درهم، إلا أن ذلك مؤجل، والمؤجل بمنزلة التاوى، وكان البيع به إتلافًا، فصارا متلفين للعبد على البائع [من وجه، فوجب الخيار لهذا، فإن اختار تضمين الشهود قام مقام البائع][1] فى ملك الثمن، لا فى ملك العبد، إذ العبد خرج عن ملك المولى إلى ملك االمشترى، ورجوع الشاهدين فى حق المشترى غير معتبر، فيطيب لهما أحد الألفين، ويتصدقان بالألف الآخر لما مر قبل هذا، فإن قبض أحدهما شيئًا لايشاركه صاحبه فيه؛ لما قلنا فى مسألة لا مكاتب.

١٠٦٣٤- قال فيه أيضًا: رجلان غصبا عبدًا من رجل قيمته ألف درهم، فصارت قيمته ألفى درهم، ثم جاء رجل، وغصب العبد منهما، فمات فى يد الثانى، ثم حضر المولى، فهو بالخيار، إن شاء ضمن الغاصبين الأولين قيمته ألف درهم، وإن شاء ضمن الغاصب الثانى ألفى درهم؛ لأنهما بأداء الضمان ملكا من وقت الغصب، فتبين أن الثانى غصب ملكهما، فيأخذان منه ألف درهم، ويطيب لهما أحد الألفين، ويتصدقان بالألف الزائدة لاستفادتهما ذلك بسبب خبيث، ولأن ملك الغاصبين فى العبد وقت الغصب الثانى ثابت من وجه دون وجه لما عرف من الأصل فى المستندات، وكان هذا ربح ما لم يملكه من وجه، فيتمكن فيه نوع خبث.

قالوا: ويجب أن يكون هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ومحمد. أما على قول أبى يوسف: يطيب لهم الألف الزائدة بناء على أن عندهما شرط طيب الربح الملك، والضمان. فإذا كان الملك عدمًا من وجه لم يتحقق شرط طيب الربح وعند أبى يوسف شرط طيب الربح الضمان لا غير.

١٠٦٣٥- فإن قبض أحدهما من الثانى ألف درهم كان للآخر أن يشاركه فيه؛ لأنهما ملكا العبد بسبب اشتركا فيه، وهو الغصب، واستوجبا القيمة على الثانى بسبب واحد، وهو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

غصبه منهما، فكأنهما باعا عبدًا من رجل صفقة واحدة، ولم يبين كل واحد منهما ثمنًا على حدة، وهناك كان الثمن مشتركًا بينهما، فكذا ههنا.

١٠٦٣٦- وفيه أيضًا: رجلان غصبا من رجل عبدًا، فباعاه من رجل، فمات العبد فى يد المشترى، فالمولى بالخيار، إن شاء ضمن الغاصبين، وإن شاء ضمن المشترى، فإن ضمن الغاصبين تم بيعهما، وكان الثمن لهما؛ لأنهما [بأداء الضمان] ملكا من وقت الغصب، فتبين أنهما باعاه وهو ملكهما، والملك فيما بين الغصب وأداء الضمان وإن كان ثابتا من وجه، لكن الملك الثابت من وجه كاف لنفاذ البيع، أصله ملك المكاتب.

ولو قبض أحدهما شيئًا من الثمن، كان لصاحبه أن يشاركه فيه؛ لأن الدين وجب بسبب واحد حقيقة وحكمًا، وهو بيع الغاصبين منه صفقة واحدة من غير أن يبين كل واحد منهما ثمن نصيبه، وكان الدين مشتركًا بينهما. فإن لقى المولى أحد الغاصبين، فضمنه نصف قيمته، تم البيع فى نصيبه، ووجب له نصف الثمن؛ لأنه ثبت الملك له فيما غصب، وهو نصف العبد بأداء الضمان من وقت الغصب. فإن لم يقبض الغاصب الذى أدى نصف القيمة من الثمن شيئًا حتى ضمن المالك الغاصب الآخر أيضًا نصف القيمة، حتى نفذ البيع فى النصف الآخر للمعنى الذى مر، ثم قبض أحد الغاصبين من المشترى حصته من الثمن، كان للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن البيع وجد منهما جملة، وعند نفاذ البيع يملك الثمن مضافًا إلى البيع السابق، لا إلى النفاذ، فلا تتفرق الصفقة بتصرف النفاذ.

١٠٦٣٧- ونظير هذا ما لو باع رجلان من رجل شيئًا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام، فأجازه أحدهما، ثم أجاز الآخر، فأيهما قبض شيئًا كان للآخر أن يشاركه فيه، ولم يؤثر تفريق النفاذ فى تفريق الصفقة، كذا ههنا.

١٠٦٣٨- ولو أن الغاصب الذى أدى نصف القيمة [أولا استوفى من المشترى نصف الثمن، ثم إن المالك ضمن الغاصب الآخر نصف القيمة][1] حتى نفذ بيعه، فأراد الثانى أن يشارك الأول [فيما قبض، لم يكن له ذلك؛ لأن حال ما تقدم بيع الآخر نصيب الأول][2] كان عينًا، ونصيب الآخر كان دينًا فى ذمة المشترى، وللنفاذ حكم الابتداء، حتى إن ما يمنع الابتداء يمنع النفاذ، ولو كان نصيب كل واحد منهما ممتازًا وقت العقد، لا تثبت الشركة لهما فى الثمن، كذا هنا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فإذا لم يكن للثانى أن يشارك الأول فيما قبض، كان للثانى أن يبيع المشترى بنصيبه، فإن قبضا جميعًا الثمن على هذا الوجه، ثم إن الأول وجد ما قبض ستوقة، أو رصاصًا، كان له الخيار، إن شاء اتبع المشترى بنصف الثمن، وإن شاء شاركه شريكه فيما قبض، ثم يتبعان المشترى بنصف الثمن؛ لأن الستوقة، والرصاص ليسا من جنس الدراهم، فصار كأن القبض لم يوجد، ولو لم يوجد ذلك القبض وجب الشركة بينهما، كذا ههنا.

ولو وجد الأول ما قبض بنهرجة، أو زيوفًا، فردها على المشترى، ليس له أن يشارك الثانى فيما قبض؛ لأن بالرد بسبب الزيافة ينتقض القبض بعد صحته على ما عرف فى موضعه، فلا يعود حقه بعد ما بطل.

وهذا لا يشكل على قول أبى يوسف، ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما برد الزيافة لا ينتقض القبض من الأصل، إنما يشكل على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، فإن عنده برد الزيافة ينتقض القبض من الأصل، إلا إذا كان المردود شيئًا قليلا.

أصله مسألة السلم على ما عرف، لما كان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن القبض ينتقض برد الزيافة من الأصل، صار الزيوف والستوقة سواء، فينبغى أن يثبت للأول حق الشركة مع الثانى فيما قبض، فمن مشايخنا من قال: المذكور فى الكتاب قولهما، لا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل. والفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى على قول هذا القائل بين هذا وبين السلم أن الرد بسبب الزيافة نقض للقبض من الأصل، لكن بعد صحة القبض، فإن اتصل بالقبض حكم لا يحتمل النقض، لا يظهر القبض فى حقه، كما فى عتق المكاتب ونظائره على ما عرف وإن لم يتصل بالقبض حكم لا يحتمل الفسخ، يظهر النقض من الأصل، وفى مسألة السلم لم يتصل بقبض الزيوف إلا إسلام العقد، وهو السلم، والسلم محتمل للنقض فظهر النقض فى حقه، أما ههنا اتصل بالقبض ما يحتمل النقض، وهو تفرق الصفقة، فإن الأول حين قبض الزيوف، وقبض الزيوف قبض صحيح حكمنا بتفريق الصفقة، والصفقة متى تفرقت فى البيع لا تحتمل الاتحاد مع بقاء العقد، فلم يظهر النقض من الأصل فى حقه، كما لم يظهر فى حق عتق المكاتب.

ولو كان الثانى هو الذى وجد ما قبضه ستوقًا، أو رصاصًا، أو زيوفًا، فردها على المشترى، لم يكن له أن يشارك الأول فيما قبض؛ لأن أكثر ما فى الباب أن يجعل قبض الثانى كأن لم يكن، ولكن لو لم يوجد القبض من الثانى لم يكن له على الأول سبيل، لما مرّ قبل هذا، فههنا كذلك.

١٠٦٣٩ - وفيه أيضًا: عبد بين رجلين، غصبه أحدهما من صاحبه، فباعه بألف درهم، ودفعه إلى المشترى، جاز البيع فى حصته؛ لأنه باع نصيبه ونصيب صاحبه، فنفذ فى نصيبه، ويتوقف فى نصيب صاحبه على إجازته، فإن لم يقبض الثمن حتى أجاز صاحبه، جاز للبائع أن يقبض الثمن كله؛ لكونه مالكًا فى النصف، وعاقدا فى النصف الآخر. فإن قبض شيئًا كان مشتركًا بينهما، حتى لو هلك هلك عليهما، بخلاف واحد من الشريكين إذا قبض حصته من الدين المشترك، حيث يصح القبض فى نصيبه، حتى لو هلك قبل مشاركة صاحبه إياه، كان الهلاك على القابض.

والفرق أن أحد الشريكين مالك القبض على نصيبه غير مالك على شريكه، فيكون المقبوض له بحكم الملك، للآخر فيه حق المشاركة، تحقيقا للتساوى بينهما، أما ههنا هو مالك القبض على نفسه وعلى صاحبه، لكونه عاقدا فى نصيب صاحبه، فيقع القبض عنهما.

وهذه المسألة حجة على محمد فى مسألة الوكيل بالسلم، إذا أسلم، ولم تحضره البينة، إنه يصير مباشرًا لنفسه عند محمد، والفرق لمحمد أن الوكيل فى باب العقد فى حق الحقوق أصيل، أما فى حق الحكم ليس بأصيل، فاعتبرنا جهة الأصالة فى حق السلم، أما ولا ية القبض، فمن باب الحقوق، وهو مالك فى الحقوق، فلذلك صار سواء، فإن قبض العاقد نصف الثمن، ثم أجاز الآخر البيع فى نصيبه، كان ذلك المقبوض بينهما، وكذلك لو كان المقبوض هلك، ثم أجاز، كان هالكًا من مالهما؛ لأن الإجازة تستند إلى وقت العقد، فجعل كأن العقد وقع بإذنه.

١٠٦٤٠ - قال فى "الكتاب": ألا يرى أن من غصب عبدًا، فباعه، وقبض الثمن، وهلك الثمن عنده، ثم إن المالك أجاز بيعه، يجوز، ويظهر أن الثمن هلك أمانة، بخلاف مسألة الغاصبين إذا باعا، ثم لقى المالك أحدهما، فضمنه حتى يفسد بيعه، ورجع الضامن على المشترى بنصف الثمن، ثم لقى الآخر، فضمنه، أنه لا شركة للثانى فيما قبض الأول، ولم يجعل تضمين الأول[1] بعد قبض الثانى حصته بمنزلة تضمينه قبل القبض.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن فى باب الغصب عند أداء الضمان الملك يثبت من وقت الغصب من وجه دون وجه، ولهذا لا يظهر فى حق الأول، ولايظهر فى حق نفاذ العتق من الغاصب، فكان الحكم قاصرًا، أما جواز البيع بالإجازة فيثبت من وقت العقد من كل وجه، ولهذا يظهر فى حق الزوائد كلها، وفى نفاذ العتق من المشترى، فلم يكن الحكم قاصرًا.

---

(١) وفى "م" و "ف": ولم يجعل تضمين الثانى بعد قبض الأول حصته بمنزلة تضمينه. . . إلخ.

والفرق الثاني: أن في مسألة الغاصبين البائع اثنان، وعند تعدد البائعين الصفقة تحتمل الافتراق، ولهذا افترقت بافتراق التسمية[1]، فجاز أن تفترق بافتراق صفقة المسمى، وهى صيرورة نصيب أحدهما عينًا، وبقاء نصيب الآخر دينًا، وعند افتراق الصفقة لا يكون الثمن مشتركًا، أما ههنا العاقد من كل جانب واحد، وعند اتحاد العاقد من الجانبين الصفة لا تحتمل التفرق، ولهذا لا يتفرق بتفرق التسمية، وعند اتحاد العقد، فالثمن يكون مشتركًا.

١٠٦٤١- وفيه أيضًا: عبد بين رجلين، غصب رجل أجنبى نصيب أحدهما، ثم أن الغاصب باعه من الشريك الآخر جملة من رجل، جاز البيع فى نصيب المولى، ولم يجز فى المغصوب، بل توقف على إجازة المغصوب منه، فلو أجاز المغصوب منه فى نصيبه قبل قبض الشريك حصته من الثمن، صار الثمن مشتركًا، حتى لو قبض أحدهما شيئًا منه كان لصاحبه أن يشاركه فيه؛ لأنه لما التحقت الإجازة بالعقد صار الغاصب بمنزلة الوكيل عن المالك، وبيع الوكيل بيع الموكل، ولو باعه المولیان معًا بثمن واحد، كانا شريكين فى الثمن، فههنا كذلك.

١٠٦٤٢- فإن كان المالك قبض نصيبه، ثم أجاز أحدهما البيع لم يكن له أن يشارك الأول فيما قبض، ولم يجعل الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، بخلاف ما إذا كان العاقد واحدًا، والفرق وهو أن الإجازة توجب الجواز بطريق الاستناد، لكن على الصفة التى كانت الصفقة بتلك الصفة، وعند تعدد البائعين إذا قبض المالك نصيبه قبل إجازة صاحب الصفقة قد افترقت لافتراق صفة المسمى. فالإجازة التحقت بصفقة متفرقة، فأوجب الجواز بطريق الاستناد، لكن بصفة الافتراق، فلم يجب القول بالشركة.

١٠٦٤٣- فأما إذا كان العاقد واحدًا، فالصفقة متحدة؛ لأنها لا تحتمل الافتراق، لما مر، فعند لحقوق الإجازة بالصفقة يثبت الجواز بصفة الاتحاد، ووجب القول بالشركة.

وكذلك الرجلان إذا باعا عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فأجاز أحدهما، ثم أجاز الآخر، ثم قبض أحدهما شيئًا من الثمن، شاركه صاحبه فيه. ولو أن الذى أجاز أولا قبض نصيبه، ثم أجاز الآخر، لم يشاركه فيما قبض، والمعنى ما مرّ.

---

(١) هكذا فى "ف"، وحاشية "ظ"، وكان فى الأصل، ومتن "ظ": القيمة، وفى "م": القسمة.

كتاب الصيد

هذا الكتاب يشتمل على اثنا عشر فصلا :

(١) كذا فى الأصل ، وفى الأصل : حين صيد .

الفصل الأول
فى بيان ما يؤكل من الحيوانات، وما لا يؤكل

١٠٦٤٤- يجب أن يعلم بأن الحيوانات على أنواع: منها: ما لادم له نحو الذباب، والزنبور، والسمك، والجراد وغير ذلك، ولا يحل تناول شيء منها، إلا السمك والجراد، غير أن الجراد يحل مات بعلة أو بغير علة، والسمك إذا مات بغير علة لايحل، وإذا مات بعلة يحل، وسيأتى بيان ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وما له دم نوعان: مستأنس، ومتوحش، فالذى يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق، وهو الإبل، والبقر، والغنم، والدجاج. وأما الحمار الأهلى: فلحمه حرام، وأما الفرس: فلحمه مكروه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كراهة تنزيه عند بعض المشايخ، وكراهة تحريم عند بعضهم هو الصحيح، وعندهما لا كراهة فى لحمه. وأما البغل: فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لحمه مكروه على كل حال، وعندهما كذلك، إن كان الفرس ترأ على الأتان، وأما الحمار نزا على الرمكة، فقد قيل: يكره، وقد قيل: لا يكره، وأما السنور، والكلب، فلحمهما حرام، أهليّاكان، أو وحشيّا.

وأما المتوحش: فنوعان: صيد البر، وصيد البحر، أما صيد البحر، فلا يحل تناول شيء منها إلا السمك، وأما صيد البر: فالذى لا يؤكل منه كل ذى ناب من السباع، وكل ذى مخلب من الطير، والمراد من ذى الناب والمخلب، الناب الذى هو سلاح، والمخلب الذى هو سلاح. بيان الأول: الأسد، والذئب، والنمر، والفهد، والضبع، والثعلب، وما أشبه ذلك. وكرهوا أيضًا الفيل، والدب، والقرد، والضب. وكرهوا أيضًا سباع الهوام، نحو اليربوع، وابن عرس، والسنجان، والسمور، والعتك، والرتق. وكرهوا أيضًا جميع الهوام الذى سكناها فى الأرض، نحو الفارة، والوزغ، والقنفذ، وسام أبرص، والحيات، وجميع هوام الأرض، إلا الأرانب، فإنه يحل أكله.

وبيان الثانى: الصقر، والبازى، والشاهين، والنسر، والعقاب، وما أشبه ذلك. وأما العقعق، والسودانية، وما أشبه ذلك، فما لا مخلب له من الطير لابأس بأكله.

١٠٦٤٥- وعن محمد رحمه الله تعالى فى "الرقيات" فى العقعق إذا كان يأكل الجيف، يكره أكله، فإذا كان يلتقط الحب، لا يكره.

وفى "المنتقى": عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه قال: لا بأس بأكل العقعق، وقال: إنه يخلط الحب مع الجيف، وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجيف، وما له مخلب.

١٠٦٤٦- أما الغراب الأبقع والأسود، فهو أنواع ثلاثة: زرعى، يلتقط الحب، ولا يأكل الجيف، وإنه لا يكره، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وإنه مكروه. ونوع منه، يخلط الحب بالجيف، يأكل الحب مرة، ويأكل الجيف أخرى، وإنه غير مكروه عند أبى حنيفة رحمه الله، وعند أبى يوسف يكره.

١٠٦٤٧- والفاختة تؤكل، وكذلك الدنسى، وكذلك الخطاف، وأما الخفاش فقد ذكر فى بعض المواضع أنه يؤكل، وذكر فى بعض المواضع أنه لا يؤكل؛ لأن له نابًا.

الفصل الثانى
فى بيان ما يملك من الصيد، وما لا يملك

١٠٦٤٨- يجب أن يعلم بأن الصيد إنما يملك بالأخذ، قال عليه الصلاة والسلام: «الصيد لمن أخذ»[1].

١٠٦٤٩- والأخذ نوعان: حقيقى وحكمى، فالحقيقى ظاهر، والحكمى باستعمال ما هو موضوع الاصطياد، قصد به الاصطياد أو لم يقصد، حتى أن من نصب شبكة، فتعقل بها صيد، ملكه صاحب الشبكة؛ لأن صاحب الشبكة صار آخذًا للصيد بالشبكة من حيث الاعتبار؛ لأن الشبكة إنما تنصب لأجل الصيد، حتى لو نصبها للتجفيف، فعقل بها صيد، لا يملكه؛ لأنه لم يصر آخذا له بالشبكة، اعتبارًا لما نصبها لغرض آخر، وباستعمال ما ليس بموضوع للاصيطاد إذا قصد به الاصطياد، حتى إن من نصب فسطاطًا، وتعقل به صيد، إن قصد بنصب الفسطاط الصيد، ملكه، وإن لم يقصد به الصيد، لا يملكه.

١٠٦٥٠- ذكر الحاكم الشهيد فى "المنتقى": رجل هيأ موضعا يخرج منه الماء إلى أرض له، ليصيد السمك فى أرضه، فخرج الماء من ذلك الموضع إلى أرضه بسمك كثير، ثم ذهب الماء، وبقى السمك فى أرضه، أو لم يذهب الماء إلا أنه قلّ، حتى صار يؤخذ السمك بغير صيد، فلا سبيل لأحد على هذا السمك، وهو لرب الأرض، ومن أخذ منه شيئًا ضمنه. ولو كان الماء كثيرًا لا يقدر على السمك الذى فيه إلا بصيد فمن اصطاد منه شيئًا، فهو له.

١٠٦٥١- ولو كان صاحب الأرض حفر بئرًا لا يريد به الصيد، لا يصير آخذ السمك بوقوعه فيها، لاحقيقةً، ولا حكمًا، فيكون لمن أخذه.

١٠٦٥٢- وإذا هيأ موضعًا لذلك، ودخل فيه السمك، وصار بحال يؤخذ من غير صيد، صار آخذًا للسمك بدخوله فيه، وصار ملكًا له، فلا يكون لأحد عليه سبيل.

١٠٦٥٣- وفيه أيضًا: لو أن صيدًا باضَ فى أرض رجل، أو تنكس فيها، فجاء آخر، فأخذه، فهو له؛ لأن صاحب الأرض لم يصر آخذًا له بأرضه، فيكون للآخذ، وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيدًا من الصيد، بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده، فأما إذا كان صاحب

---

(١) ذكره الإمام الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ٣١٨) ثم قال: قلت: غريب فى "كتاب التذكرة" لأبى عبد الله محمد بن حمدون.

الأرض قريبًا من الصيد، بحيث يقدر على أخذه، فالصيد لصاحب الأرض؛ لأنه صار آخذًا له تقديرًا، لتمكنه من الأخذ حقيقة، إن لم يصر آخذًا له بأرضه، فيكون للآخذ.

١٠٦٥٤- وعلى هذا[1] إذا حفر بئرًا، ولم يقصد الاصطياد، فوقع الصيد فيها، فجاء آخر وأخذه، إن دنا صاحب البئر من الصيد بحيث لو مد يده يقدر على أخذه، فهو لصاحب البئر؛ لما قلنا.

١٠٦٥٥- وإذا دخل الصيد دار إنسان، وأغلق صاحب الدار الباب عليه، وصار بحال يقدر على أخذه من غير صيد، ذكر في "العيون": أنه إن أراد إغلاق الباب للصيد، ملكه، وإن لم يرد، لا يملكه، حتى لو أخذه الآخر، كان الصيد لصاحب الدار في الأول، وفي الثاني يكون للآخذ.

١٠٦٥٦- وفي "المنتقى": صيد دخل دار رجل، فلما رآه أغلق بابه، وصار الصيد بحال لا يقدر على الخروج، وصاحب الدار يقدر على الأخذ من غير اصطياد، فقد صار صاحب الدار آخذًا مالكًا، ولو أغلق الباب، ولم يعلم به، لا يصير آخذًا مالكًا، حتى لو خرج الصيد بعد ذلك، في الفصل الأول، وأخذه غيره، لا يملكه، في الفصل الثاني يملكه، ولم يشترط إغلاق الباب للصيد.

في "المنتقى": وظن بعض مشايخنا أن رواية "المنتقى" بخلاف رواية "العيون" وليس كما ظنوا، فشرط إغلاق الباب للصيد في "المنتقى" ثابت دلالة، فإنه قال في "المنتقى": فلما رآه، أغلق بابه، وإغلاق الباب عند رؤية الصيد يكون لأجل الصيد، ظاهرًا.

١٠٦٥٧- في "الأصل": من أخذ صيدًا، أو فراخ صيد من دار رجل، أو من أرض رجل، فهو للآخذ، إلا أن يحوزه صاحب الدار بالقبض، أو بإغلاق الباب، ويصير بحيث يقدر على أخذه من غير صيد، فحينئذٍ يكون لصاحب الدار دون الآخذ.

قال مشايخنا: وليس معنى قوله: يقدر على أخذه من غير صيد أنه لا يحتاج في أخذه إلى المعالجة، وإنما معناه أنه يمكن أخذه بقليل المعالجة من غير شبكة، ولا سهم.

ومن مشايخنا من قال: إذا اتخذ دارًا، أو شجرة، ليفرخ الطائر فيها فالفرخ له.

في "المنتقى" أيضًا: رجل نصب حبالة، فوقع فيها صيد، فاضطرب وقطعها، وانفلت، فجاء آخر، وأخذ الصيد، فالصيد للآخذ، ولو جاء صاحب الحبالة ليأخذه، فلما دنا منه، بحيث يقدر على أخذه إن شاء، فاضطرب، وانفلت، فأخذه، فهو لصاحب الحبالة.

---

(١) وفي "م": وعلى صاحب هذا.

والفرق أن في الفصلين جميعًا صاحب الحبالة وإن صار آخذًا للصيد، إلا أن في الفصل الأول بطل الأخذ قبل تأكده، وفي الفصل الثاني بطل بعد تأكده، وكذلك صيد الكلب، والبازي، إذا انفلت على هذا التفصيل.

وإذا رمى بالشبت في الماء، فتعلق به السمكة، ثم انقطع الخيط في الماء قبل أن يخرج السمك، وذهب السمك، وأخذه آخر، فهو للآخذ.

١٠٦٥٨- ولو رمى صاحب الشبت السمك خارج الماء في موضع يقدر على أخذها، فاضطربت، ووقعت في الماء، وذهبت، فأخذها آخر، فهي لصاحب الشبت، وهو بناء على ما قلنا، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته" مسألة الشبت.

١٠٦٥٩- في "المنتقى" ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل رمى صيدًا، ففرّ عنه، فغشي عليه ساعة من غير جرح، ثم ذهب عنه الغشية، فمضى، فكان طائرًا، فطار، فرماه رجل آخر، فصرعه، فأخذه، فهو للآخذ، علل، فقال: لأن الأول لم يأخذه حين صرعه، ولما ذهب عنه الغشية من الرمية الأولى، عاد إلى حالة الصيد، فقد أخذه الآخر، وهو صيد، وإن أخذه الأول في غشيته ذلك، وأخذه الآخر وهو على تلك الحالة قبل استقلاله، وتحامله، فهو للأول منهما الذي رماه. قال: لأنا لاندري لعله لم يكن يستقل منهما، وإن استقل قبل أن يأخذه الأول، فقد عاد إلى حاله قبل أن يرميه، وصار صيدًا، فيكون لمن أخذه، قال: وهو بمنزلة رجل نصب شبكة وقع فيها صيد، وصاحب الشبكة غائب، فانفلت الصيد منها، فرماه آخر، فهو للآخر. وإن كان صاحب الشبكة أخذه حين وقع في الشبكة، فهو لصاحب الشبكة.

ثم فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا رمى إلى صيد، وجرحه جراحة لايستطيع معها النهوض، فلبث كذلك ما شاء الله، وبرأ، ثم رماه آخر، فقتله، فالصيد للأول.

١٠٦٦٠- وفي "الأصل": إذا رمى صيدًا، فجرحه، فأخذه، فالصيد للذي رماه؛ لأن الأول لما جرحه صار آخذًا، فصار ملكًا له، وهذا يخالف ما ذكر في "المنتقى".

١٠٦٦١- وفي "الأصل" أيضًا: لو رمى صيدًا، فأصابه، وأثخنه بحيث لا يستطيع براحًا، ثم رماه آخر، وقتله، فالصيد للأول، وإن كان يتحامل، ويطير مع ما أصابه من السهم الأول، فرماه الثاني، فقتله، فهو للثاني؛ لأن في الفصل الأول صار آخذًا له، ولا كذلك في الفصل الثاني.

١٠٦٦٢- ولو رمى رجلان صيدًا معًا، فأصابه سهم أحدهما قبل صاحبه، وأثخنه،

فأخرجه من أن يكون صيداً، ثم أصابه سهم الآخر، فهو للذى أصابه سهمه أولا، ولو أصابه السهمان معًا، فهو لهما، فالعبرة فى حق الملك لحالة الإصابة، لا لحالة الرمى.

١٠٦٦٣- وذكر فى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: لو دخل ظبى دار رجل، أو حائطه، أو دخل حمار وحش دار رجل، أو حائطه، فإن كان يؤخذ بغير صيد، فهو لرب الدار، وكذلك الحظير للسمك، وهذا الجواب يخالف جواب المسائل المتقدمة، ويخالف جواب الأصل.

١٠٦٦٤- وفى "الأصل": لو أرسل كلبه على صيد، فأتبعه الكلب، حتى أدخله فى أرض رجل، أو داره، كان لصاحب الكلب؛ لأن الكلب إنما يرسل للأخذ، فيعتبر ما لو أخذه بيده، وكذلك لو اشتد على صيد، فأخرجه حتى أدخله دار رجل، أو أرضه، فهو له؛ لأنه لما أخرجه واضطره، صار آخذاً له.

١٠٦٦٥- وفى "القدورى" عن أبى يوسف: فى رجل اصطاد طائرًا فى دار رجل، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة، فهو للصائد، سواء اصطاده من الهواء أو على الشجر؛ لأن الصيد إنما يملك بالاستيلاء والأخذ، ولا يملك بحصوله على حائط وشجرة، فيكون للآخذ، فإن اختلفا، فقال رب الدار: كنت اصطدت قبلك، أو رشه، وأنكر الصياد، فإن كان أخذه من الهواء، فهو له؛ لأنه لا يد لصاحب الدار على الهواء، فقد اختلفا فيما لا يد لأحد عليه من قبل، فكان القول قول صاحب اليد. وإن أخذه من داره أو شجره، فالقول قول صاحب الدار، لأن يده ثابتة على الشجرة وعلى الحائط، فإذا أخذه من محل هو فى يده كان القول قول صاحب الدار، فإن اختلفا فى أخذه من الهواء والجدار، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن الظاهر أن كل بناء فى داره فى يده، فترجح جانبه باعتبار الظاهر.

١٠٦٦٦- قال فى "الأصل": ومن اصطاد سمكة من نهر جار لرجل، فهو للذى أخذه؛ لأن صاحب النهر ما صار محرزًا له، بل هو صيد فى نهره، فالمحرز له من اصطاده، وكذلك إن كانت أجمة لا يقدر على أخذ صيدها إلا بالاصطياد، فصاحب الأجمة ما صار محرزًا لما حصل فيها من السمك، وإنما المحرز الآخذ، فإن كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء، وبقى السمك، فهو لصاحب الأجمة؛ لأنه صار محرزًا له بما صنع، فالسمك على اليبس لا يكون صيداً. وإذا صار بفعل بحيث يتمكن من أخذه من غير صيد، فهو محرز.

وذكر شمس الأئمة الحلوانى من مشايخنا من قال: انسار الماء إلى السمك، وليس قصده السمك، فهو للآخذ، وإن نضب عنه الماء، فإن كان قصده أخذ السمك، ينظر إن كان الماء لم

يمكن أخذه إلا بصيد، فهو للآخذ، وإن أمكن من غير صيد، فهو لصاحب الأجمة؛ لأن صاحب الأجمة صار آخذًا له.

نوع آخر من جنس هذه المسائل:

١٠٦٦٧- في "المنتقى" داود بن رشيد عن محمد: في نحل اتخذ كوارات في أرض رجل، فخرج منها عسل كثير، كان ذلك لصاحب الأرض، ولا سبيل لأحد أخذه، قال: ولا يشبه هذا الصيد وبيضه. وأشار إلى معنى الفرق، فقال: الصيد يجيء ويذهب، والبيض يصير طائرًا ويطير، وإنما يشبه الطير في هذا النحل نفسها، ولو أخذ النحل أحد كانت له، وأما العسل، فلم يكن صيدًا قط ولا يصير صيدًا قط.

عن أبي يوسف: إذا وضع الرجل كوارة النحل، فعسلت فيها، فالعسل لصاحب الكوارة.

١٠٦٦٨- في "المنتقى" إبراهيم عن محمد: إذا وضع الرجل الشبكة بين يدي قوم، وقال: خذوه، فمن أخذه، فهو جائز لمن أخذه. اختلف العلماء في صفة أنه تمليك أو إباحة، قال بعضهم: تمليك، ولكن من مجهول يصير معلومًا عند الأخذ، وقال بعضهم: إنه إباحة.

قال: إذا نثره، فوقع في جحر رجل، أو كمّ رجل، فأخذه آخر، فهو للذي أخذه، هكذا ذكر في "الكتاب".

وعلى قياس ما تقدم ينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن بسط هذا الرجل كمه، وذيله، لينقي فيه السكر، كان السكر له، وليس لأحد أن يأخذه، ولو أخذ لا يملكه، وإن لم يبسط لذلك، فالسكر لمن أخذه، وهكذا ذكر المسألة على هذا التفصيل في كراهة "فتاوى أهل سمرقند".

١٠٦٦٩- وفي "الأمالي" عن محمد: رجل سبل ماء في أرضه، وأرضه ملاحة، فمن أخذ من ذلك الماء شيئًا، فلا ضمان عليه، وإذا صار ذلك الماء ملحًا، فلا سبيل لأحد عليه؛ لأنه ما دام ماء، فحكم الشركة فيه ثابت، وبعد ما صار ملحًا صار من جنس أرضه، واتصل بأرضه اتصالا تعذر معه التميز، فصار محرزًا له.

١٠٦٧٠- قال: وفي نهر شق في أرض رجل، فتقدم الطين في أرضه، فصار قدر ذراع، أو ذراعين، فلا سبيل لأحد على ذلك الطين، لما بينا في المسألة الأولى، ومن أخذ منه شيئًا ضمنه.

الفصل الثالث
في شرائط الاصطياد

١٠٦٧١- يجب أن يعلم أن الإصياد بثلاثة أشياء: الصائد، والآلة، والصيد. وفى كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة شرائط، وهذا الفصل لبيان الشرائط فى الصائد، فنقول: ينبغى أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وذلك بأن يعقل الذبح والتسمية، حتى لا يؤكل صيد الصبى، والمجنون، إذا كانا لا يعقلان الذبح والتسمية، ويؤكل صيدهما إذا كانا يعقلان ذلك، يريد بذلك إذا أرسل كلبه، أو بازه، أو رمى، فأصاب الصيد وقتله. وأن يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقاداً كالمسلم، أو دعوى لا اعتقاداً كالكتابى، حتى إن المجوسى إذا أرسل أو رمى إلى صيد، فأصابه، وقتله لا يحل أكله، وهذا؛ لأن الإرسال، والرمى ذبح من المرسل الرامى حكمًا، فيعتبر بالذبح حقيقةً، والإباحة لاتثبت بذبح المجوسى حقيقة؛ لأنه ليس له ملة التوحيد؛ لأنه مشرك يدعى الاثنين، حكمًا، فكذا لا يثبت بذبحه حكمًا. وكذلك لا يؤكل صيد المرتد؛ لأنه لاملة له.

ويشترط مع ذلك أن لا يكون محرمًا، وأن لا يكون فى الحرم. والتسمية شرط عند الإرسال والرمى؛ لما ذكرنا أن الإرسال ذبح من المرسل والرامى حكمًا، والتسمية عند الذبح حقيقة شرط، فكذا عند الذبح حكمًا.

١٠٦٧٢- ولا بأس بصيد الأخرس من المسلم، والكتابى؛ لأن له ملة التوحيد، وملة التوحيد تقام مقام التسمية، ألا ترى أنها أقيمت مقام التسمية فى حق الناسى، ففى حق الأخرس أولى.

١٠٦٧٣- ولو أرسل النصرانى، أو الذمى، وسمى باسم المسيح لم يؤكل، وكذلك الإرسال شرط عندنا فى الكلب، والبازى، حتى إن الكلب المعلم إذا انفلت للأخذ، فأخذ صيداً[1]، وقتله لا يؤكل، فإن صاح به صاحب الكلب صيحة بعد ما انفلت، وسمى، فإن لم ينزجر بصياحه بأن لم يزدد طلبًا، وحرصًا للأخذ، فأخذ الصيد، وقتله لا يؤكل؛ لأنه لما لم ينزجر بصياحه صار وجود الصياح والعدم منه بمنزلة، وأما إذا انزجر بصياحه، وأخذ الصيد، وقتله، فالقياس أن لا يؤكل، وفى الاستحسان: يؤكل.

---

(١) وفى "م": إذا انفلت من صاحبه، فأخذ صيدا.

١٠٦٧٤- فرق على جواب الاستحسان بين هذه المسألة، وبين ما إذا أرسل كلبه، ولم يسمِّ عمدًا، ثم زجره، وسمى، فانزجر وأخذ الصيد لا يحل تناوله، والفرق أن إرساله فعل معتبر في نفسه، فقد تعلق به حكم، فأخرجه إلى نسخه، والشيء لاينسخ بما دونه، والزجر دون الإرسال، فأما انبعاث الكلب، فغير معتبر؛ لأنه فعل العجماء، ألا ترى أنه لا يتعلق به حكم، فالحاجة إلى ابتداء الفعل ههنا لا نسخ إلى فعل معتبر، فإذا انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال، وقد سمى عند ذلك فيحل.

١٠٦٧٥- وعلى هذا الأصل قلنا: إذا أرسل المسلم كلبه إلى صيد، وسمى فزجره مجوسي، وانزجر بزجره، وأخذ الصيد، وقتله يؤكل، وبمثله لو أرسل المجوسي، أو من بمعناه كلبه، فزجره مسلم، وسمى، وانزجر بزجره، وقتل الصيد لا يؤكل؛ لأن الإرسال وقع معتبراً في الفصلين جميعًا، حتى تعلق به حكم، فلا ينسخ بالانزجار الذي دونه.

١٠٦٧٦- وقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرح كتاب الصيد" [في مسألة المسلم إذا أرسل كلبه، وزجره مجوسي أنه إنما يؤكل الصيد][1]: إذا زجره المجوسي في ذهابه، فأما إذا وقف الكلب عن سنن الإرسال، ثم زجره المجوسي بعد ذلك، وانزجره لا يؤكل.

١٠٦٧٧- وكذلك يشترط أن لا يشاركه في الإرسال والرمي الذي لا يحل ذبيحته، كالوثني، والمجوسي، وتارك التسمية عمدًا؛ لأنه يجتمع في الصيد سبب الحرمة، وسبب الإباحة، وكذلك يشترط أن لا يشتغل بعمل آخر بعد الرمي، والإرسال، بل يتبع أثر الصيد.

١٠٦٧٨- قال في الكتاب: إذا توارى الصيد، والكلب عن المرسل، ثم وجده بعد وقت، وقد قتله، وليس فيه أثر غيره، فهذا على وجهين: إما إن لم يترك الطلب حتى وجده كذلك، والكلب عنده، وفي هذا الوجه القياس أن لا يؤكل، وفي الاستحسان: يؤكل. شرط في الكتاب أن يكون الكلب عنده، قالوا: وهذا شرط لازم للحل على جواب الاستحسان؛ لأن الكلب إذا كان عنده، فالظاهر أنه قتيل الكلب، فأما إذا وجد الصيد ميتًا، والكلب قد انصرف عنه، فلا يؤكل قياسًا، واستحسانًا؛ لأنه يحتمل أن القتل حصل بسبب آخر.

١٠٦٧٩- وأما إذا اشتغل بعمل آخر بعد ما أرسل الكلب، حتى إذا كان قريبًا من الليل طلبه، فوجده ميتًا، والكلب عنده، وبه جراحة لا يدري أن الكلب جرحه، أو غيره، فقال في الكتاب: كرهت أن آكله؛ لأنه لو لم يترك طلبه ربما وجده حيّا فذكاة، فيصير تارك الذكاة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الاختيارى فيه مع القدرة عليه، ولأنه يحتمل أنه قتيل غيره لكن سقط اعتبار هذا الاحتمال ما دام فى طلبه، فبقى معتبراً إذا ترك طلبه.

ثم ذكر فى هذا الفصل: كرهت أكله، وأراد به كراهة التحريم، نص عليه شمس الأئمة الحلوانى، وشمس الأئمة السرخسى، وذكر فى "القدورى" نصّا أنه لا يؤكل، وذكر شيخ الإسلام: أنه أراد به كراهة التنزيه، والأول أصح.

وهذا كله إذا وجده وبه جراحة واحدة يعلم أنها جراحة الكلب، أما إذا علم بالعلامة أنها جراحة غير الكلب، أو علم أنها جراحة الكلب إلا أن بها جراحة أخرى ليست جراحة الكلب لا يؤكل، ترك الطلب أو لم يترك، وكذلك الجواب فى البازى، والصقر من أوله إلى آخره.

[والجواب فى الرمى] هكذا إذا رمى سهمًا إلى صيد فأصابه، وتوارى عن بصره، ثم وجده ميتًا، وبه جراحة أخرى، إن لم يشتغل بعمل آخر يؤكل استحسانًا، وإن اشتغل بعمل آخر لا يؤكل قياسًا واستحسانًا.

الفصل الرابع
فى بيان الشرائط فى الآلة

١٠٦٨٠- فنقول: الآلة نوعان: جماد كالمزراق، والسهم، والرمح، والمقراض وأشباهها، وحيوان كالكلب ونحوه، والصقر، والبازى، ونحوها، فإن كانت الآلة حيوانًا، فمن شرطها أن تكون معلمة، قال الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل»[2] الحديث، ولايكون الكلب معلمًا إلا بالإمساك علينا، وترك الأكل، وإن كان يجيبه إذا دعاه، وإذا أرسله على الصيد يصيد فعلامة تعلم الكلب وما بمعناه ترك الأكل من الصيد.

وكان أبو حنيفة لا يحد فى ذلك حدًا، ولا يؤقت فى ذلك وقتًا، وكان يقول: إذا كان معلمًا فكل، وربما كان يقول: إذا غلب على ظن الصائد أنه معلم، فهو معلم، وربما كان يقول: يرجع فى ذلك إلى قول أهل العلم من الصائدين، فإذا قالوا: صار معلمًا، فهو معلم. وروى الحسن عنه إذا ترك الأكل ثلاثًا، فهو معلم، وهو قول أبى يوسف ومحمد. ثم فى ظاهر روايتهما لا يحل الثالث، وإنما يحل الرابع، وروى عنهما أيضًا أنه يحل الثالث.

١٠٦٨١- وأما البازى وما بمعناه، فترك الأكل فى حقه ليس علامة تعلمه، وإنما علامته أن يجيب صاحبه إذا دعاه، حتى إن البازى وما بمعناه إذا أكل من الصيد يؤكل صيده. قال بعض مشايخنا فى البازى: هذا إذا أجاب صاحبه عند الدعوة الثالثة من غير أن يطمع فى اللحم، فأما إذا كان لا يجيب إلا لطمع فى اللحم لايكون معلمًا، ومتى حكم بتعليم البازى، ففرّ من صاحبه، ولم يجبه إذا دعاه أخرج من حكم المعلم، ولا يحل صيده، وكذلك الكلب إذا أكل من الصيد خرج من حكم المعلم وحرم ما عند صاحبه من الصيود قبل ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يحرم الصيود التى أحرزها صاحبها ولم يؤكل منها قبل هذا إذا كان العهد قريبًا بأخذ تلك الصيود، وأما إذا كان بعيدًا بأن مضى شهرًا، أو نحوه وقد

---

(١) سورة المائدة: الآية ٤.

(٢) أخرجه الطيالسى فى "مسنده" (١٠١٥)، والطبرانى فى "المعجم الكبير" (١٥٧)، والبيهقى فى "الكبرى" (١٨٦٦١): باب المعلم يأكل من الصيد الذى قد قتل، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ٣١٢)، والإمام الذهبى فى "ميزان الاعتدال" (٢٦٤٠) إلى تحت ترجمة داود بن عمرو الدمشقى، والزرقانى فى "شرحه" (٣/ ١١٤).

قدر صاحبه تلك الصيود لم يجز بلا خلاف .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى : والأظهر أن الخلاف فى الفصلين جميعًا ، وأجمعوا أن ما لم يحرزه المالك من صيوده أنه يحرم ، هكذا ذكر شيخ الإسلام .

فالحاصل أن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه يحكم بجهله مستنداً ، وهما يقولان : حكمنا بإباحة ما أحرزه المالك من صيوده بنوع اجتهاد ، فلو نقضنا هذا الحكم نقضناه باجتهاد مثله ؛ لأن أكله من الصيد الذى أكل يحتمل أن يكون لجهله ، وتركه الأكل فيما مضى كان لشبعه لا لعلمه ، ويحتمل أن أكله كان لشدة جوعه ، أو لأنه نسى ذلك ، وهذا لا يوجب جهله فيما مضى ، فرجّحنا ما يوجب الحرمة فى المستقبل احتياطًا ، ولكن لم ينقض ما حكمنا به من الإباحة فيما مضى بالاجتهاد الثانى ، بخلاف ما لم يحرز من الصيود ؛ لأنا لم نحكم بإباحة ما لم يحرزه من كل وجه ، فإنا إنما نحكم بالإباحة بعد خروجه من أن يكون صيداً ، وقبل الإحراز شيء من معنى الصيدية باقى ، وهو أنه فى المفازة .

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال : المقصود من إباحة الأكل الأكل ، وإنه لم يوجد ، وظهور اجتهاد آخر قبل حصوله ما هو المقصود من الإباحة كظهور اجتهاد آخر للقاضى قبل القضاء .

١٠٦٨٢- وأما ما باع المالك مما [قدر][1] من صيود ، فلا شك أن على قولهما : لاينقض البيع فيه ، فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، فينبغى أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشترى على كون الكلب جاهلا ، قال : ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يعلم ، وحد تعليمه ما ذكرنا فى ابتداء الأمر على الخلاف ، وكذلك هذا الخلاف فى البازى إذا فرّ من صاحبه فدعاه ، فلم يجبه حتى حكم بكونه جاهلا ، إذا أجاب صاحبه ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما .

١٠٦٨٣- ولو شرب الكلب من دم الصيد يؤكل ، وإن أخذ الرجل الصيد من الكلب ، ثم وثب عليه الكلب فانتهب منه ، أو رمى به صاحبه إليه ، فأكلها لم يفسد ، وهو على تعلمه ؛ لأنه انتهى موجب الإمساك لصاحبه بعد التسليم إليه ، فالأكل بعد ذلك لا يدل على خلل فى علم الاصطياد ، ولو كان أكل قبل أن يأخذه صاحبه كرهت أكله لما مرّ .

١٠٦٨٤- ولو اتبع الكلب الصيد ، فانتهش منه قطعة فأكلها ، ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ، ولم يأكل منه شيئًا لم يؤكل ؛ لأن الأكل منه قد وجد فى حالة الاصطياد ، فلم يكن

(١) هكذا فى "ظ" ، وكان فى "ف" و "م" : ورد .

ممسكًا على المالك، ولو أكل ما انتهش بعد ما مات، أخذ الصيد وقتله، وأخذه صاحبه منه، فإنه يؤكل؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لم يضره، فإذا أكل ما بان منه أولى.

١٠٦٨٥- وإذا أرسل كلبه، أو بازيه على صيد، فأخذه غيره حل؛ لأن التعيين فى الاصطياد ليس وسعه، وكذلك لو أرسله على صيد كثير، وسمى مرة واحدة حال الإرسال، فقتل الكل، حل الكل، وكفاه تسمية واحدة فى حق الكل، وكذلك الحكم فى البازى.

١٠٦٨٦- فرق بين هذا وبين ما إذا ذبح شاتين بتسمية واحدة، فإنه لا يحل، والفرق أن الذبح فى باب الكلب يحصل بالإرسال، ولهذا يشترط التسمية وقت الإرسال، والإرسال واحدة، فيكفيه تسمية واحدة، بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد، فنفذ، وأصاب صيدًا آخر، بخلاف ما لو ذبح شاة، ثم ذبح أخرى؛ لأن الثانى صار مذبوحًا بغير فعل الأول فلا بد من تسمية أخرى، حتى لو أضجع شاتين، وذبحهما بمرة واحدة، فإنه يكفيه تسمية واحدة؛ لأن ذبحهما حصل بفعل واحد.

١٠٦٨٧- وهذا كله ما دام الكلب فى وجه إرساله، فإن انحرف يمينًا، أو شمالا، ثم أخذ صيدًا، فإنه لا يحل أكله؛ لأن هذا الأخذ حصل بغير إرسال؛ لأنه أرسله قبل المشرق، وهو قد ذهب إلى المغرب.

١٠٦٨٨- إذا قتل صيدًا، وجثم عليه طويلا، ثم مرّ به آخر، فأخذه وقتله لم يؤكل؛ لأنه انقطع فور الإرسال، وإذا أمكن الفهد فى إرساله حتى استمكن الصيد، ثم وثب عليه، وقتله لم يحرم أكله، وكذلك الكلب إذا فعل مثل ذلك؛ لأن قصده من هذا التمكن من الصيد، وهذه عادة ظاهرة فى حق الفهد والكلب، فلا ينقطع به حكم الإرسال.

١٠٦٨٩- وإذا أرسل بازيه المعلم، فوقع على شىء، أو جلس ثم أتبع الصيد، فأخذه وقتله لا بأس بأكله، وتأويله: إذامكث ساعة الكمين، حتى لا ينقطع به فور الإرسال، أما إذا مكث زمانًا طويلا، لا يكون للاستراحة بحيث ينقطع به فور الإرسال لا يؤكل.

١٠٦٩٠- ومن شرطها أن لا يشاركها كلب غير معلم، أو معلم غير مرسل حتى لو أرسل كلبه المعلم، وشاركه فى قتل الصيد كلب آخر غير المعلم يريد به أن يأخذ معه، ويجرح معه فإنه لا يؤكل؛ لأنه اجتمع فى الصيد ما يبيح وما يحرم، والاحتراز عنه ممكن، فترجح جانب الحرمة احتياطًا.

١٠٦٩١- وإن رد الصيد عليه، ولم يجرح هو معه، حتى جرحه، أو رده عليه سبع،

فجرحه الكلب المعلم، ومات من جرحه، ذكر محمد في "الأصل" : أنه يكره أكله. قال شيخ الإسلام: لم يرد بهذه الكراهة التحريم. وقال شمس الأئمة الحلواني: أراد بها التحريم، وهو الصحيح.

١٠٦٩٢- وإن رد عليه مجوسي حتى أخذه لا بأس بأكله، بخلاف ما لو مد المجوسي قوسًا إلى صيد وأصابه، فإنه لا يحل أكله، والبازي في هذا نظير الكلب.

١٠٦٩٣- وإن كان غير المعلم أتبع المعلم واستند عليه، حتى ازداد طلبًا، وأخذ الصيد لا بأس بأكله، وكذا في البازي.

١٠٦٩٤- ومن شرطها أن لا يوجد منهما بعد الإرسال بول، ولا أكل، حتى إذا وجد ذلك منه، أو طال وقفه لا يؤكل الصيد.

١٠٦٩٥- وكذلك من شرطها أن يكون جارحًا، حتى لو قتله من غير جرح، لايحل، ذكره في "الزيادات" في المختصر لعصام.

١٠٦٩٦- [وكذلك إذا كسره من غير جرح، لا يحل أكله][1]، وأشار في "الأصل" إلى أنه يحل، فإنه قال: أخذه، وقتله، ولم يفصل بين ما إذا قتله جرحًا، أو خنقًا، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف في غير رواية "الأصول" أنه يحل وإن لم يجرحه.

من المشايخ من قال: ما ذكر في "الأصل" قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وما ذكر في "الزيادات" قول محمد، وقيل: ما ذكر في "الأصل" إيجاز، وما ذكر في "الزيادات" إشباع، والصحيح ما ذكر في "الزيادات".

وروى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: أنه إذا كسر عضوًا، وقتله لا بأس بأكله؛ لأن الكسر جراحة في الباطن، فيعتبر بالجراحة في الظاهر.

١٠٦٩٧- هذا كله إذا كانت الآلة حيوانًا، أما إذا كانت الآلة جمادًا، قال محمد في "الأصل": ولا يحل صيد البندقة، والحجر، والمقراض، والعصا، وما أشبهه، وإن جرح؛ لأنه لا يخرق إلا أن يكون شيء من ذلك قد حدده، وطوله كالسهم، وأمكن أن يرمى به، فإن كان كذلك وجرحه بحده حلّ، وهذا لأن المطلوب بالذكاة تسييل الدم، وذلك يحصل بالخرق، والبضع، وأما الجرح الذي يدق في الباطن، فلا يخرق في الظاهر، ولا يحصل تسييل الدم به، ، فهو في معنى الموقوذة، والموقوذة حرام بالنص، ومثل الحديد وغير الحديد في ذلك سواء.

---

(١) هكذا في "ظ".

١٠٦٩٨- وكذلك لو رمى الصيد بالسكين، فأصابه بحده فجرحه يؤكل، وإن أصابه بقفا السكين، أو بمقبض السيف لم يؤكل، والمزراق كالسهم؛ لأنه يخرق ويعمل فى تسييل الدم ما يعمل السهم، وإن حدد مروة، ورمى بها صيداً، حل لحصول تسييل الدم لحدة الآلة.

١٠٦٩٩- ثم فى كل موضع وجد[1] القطع والبضع، هل يشترط مع ذلك الإدماء؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: يشترط، منهم من قال: لايشترط، ومنهم من قال: ما إذا كانت الجراحة صغيرة يشترط، وإذا كانت كبيرة لايشترط.

١٠٧٠٠- ولو رمى صيداً بسهم، فمرّ السهم فى سننه، وأصاب صيداً آخر، وأصاب ذلك الصيد، ونفذ منه، وأصاب صيداً آخر، وقتله، فذلك كله حلال. وإن عرض السهم بريح، أو شجر، أو حائط، ورده إلى وراءه، أو يمنة، أو يسرة، وأصاب صيداً، لم يؤكل، وإن لم يرده عن سننه، يؤكل، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه وإن رده يمنة، أو يسرة، يؤكل.

ولو عرض السهم سهم آخر، فرده عن سننه، وأصاب صيداً، وقتله، لم يؤكل، هكذا ذكر فى "الأصل"، وذكر فى "الزيادات" أنه يؤكل.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: تأويل ما ذكر فى "الأصل" أن الرامى الثانى لم يقصد الرمى إلى الصيد، وإنما قصد اللعب، أو تعلم الرمى، أو ترك التسمية عمداً، حتى لو قصد الثانى الاصطياد يحل على رواية الأصل أيضاً، وهكذا ذكر "القدورى" فى شرحه: لو كان الريح شديدة، فوقف السهم فى سننه، وأصاب الصيد أكل - والله أعلم-.

(١) وفى "ظ" و"ف": وحدُّ.

الفصل الخامس
فى الشرائط التى فى الصيد

١٠٧٠١- فمن شرطه أن لا يشارك فى موته سبب آخر سوى جراحة السهم، أو الكلب، أو ما أشبه ذلك، وذلك نحو التردى من موضع، والوقوع فى الماء، وجراحة أخرى يتوهم موته من تلك الجراحة.

١٠٧٠٢- قال محمد فى "الأصل": إذا أصاب السهم الصيد، فوقع على السطح، أو على الأرض من الهواء، فمات، فإنه يؤكل، وإذا وقع على السطع، أو على الجبل، ثم وقع على الأرض، لا يؤكل؛ لأنها مُتردية، والمتردية حرام، لجواز أن يكون التردى قتله، والأصل أنه متى دخل على الصيد لعل وعسى، لا يؤكل، وههنا دخل لعل وعسى، لجواز أن يكون التردى قتله.

١٠٧٠٣- ولو وقع على شيء، ومات، فإن كان ذلك الشيء مثل الأرض لا يقتل، كالسطح، والأجر المبسوطة، يؤكل، وإن كان يقتل منه، مثل حد الرمح، والقصبة المنصوبة، وحد الآجرّ لا يؤكل؛ لأنه يحتمل أن يقتله[1] الرمح، والأجر، والاحتراز عنه ممكن، [فيجب] اعتباره. بخلاف ما لو سقط على الأرض، حيث يؤكل، وإن احتمل أنه مات بسبب السقوط على الأرض؛ [لأن] الاحتراز عن السقوط على الأرض غير ممكن، فسقط اعتباره، وإذا سقط اعتبار السقوط على الأرض، سقط اعتبار السقوط على ما هو بمعنى الأرض.

١٠٧٠٤- قالوا: وهذا إذا كانت الجراحة التى أصاب الصيد جراحة جوز أن يسلم الصيد منها، بأن أصاب رجله أو يده، أما إذا كان جراحة لا يجوز أن يسلم منها، إن بقى فيه من الحياة مقدار ما بقى فى المذبوح بعد الذبح، كالاضطراب ونحوه، لايحرم بالإجماع؛ لأنه يعلم أنه قتل الجراحة، لا قتل التردى، وإن بقى فيه من الحياة أكثر من ذلك مقدار ما يعيش نصف يوم، أو أكثر، لا يحرم عند محمد رحمه الله تعالى، وعند أبى يوسف: يحرم.

١٠٧٠٥- إذا رمى طائراً، ووقع فى الماء، إن كان الطير مائيّا، والجراحة فوق الماء، يحل بكل حال عند الكل؛ لأنه إذا كان هكذا يعلم قطعًا أنه قتل الجراحة، لاقتل الماء؛ لأنه يعيش فى الماء، وإن كانت الجراحة تحت الماء، أو فى صيد البرى فوق الماء، أو تحته، يحتمل أن يكون

---

(١) وفى "ظ": أن بقتله.

الموت بسبب الماء، فيتأتى الوجوه التى ذكر فى فصل التردى من الذى يجوز أن يسلم، ويجوز أن لا يسلم من الاتفاق والاختلاف.

وذكر شيخ الإسلام المسألة على هذا الوجه فى شرحه، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه أن الطير إذا وقع فى الماء لا يؤكل، بريّا كان أو مائيّا، فيتأمّل عند الفتوى.

١٠٧٠٦- ومن شرائطه: أن يموت قبل أن يصل الصائد إليه، حتى أن يكون حله بلا شبهة وخلاف، فإنه لو وصل إليه الصائد وهو حى، ففيه كلمات، على ما يأتى [بيانه] بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٠٧٠٧- ومن شرائطها: أن يكون متنفرًا، أو متوحشًا، ولا يكون ألِفًا كالدواجن من الوحوش.

الفصل السادس
فيما لا يقبل الذكاة من الحيوان، وفيما يقبل

١٠٧٠٨- وإذا أرسل كلبه إلى صيد، فجرحه الكلب، ثم وصل إليه صاحبه وهو حي، أو رمى سهمًا إلى صيد، فأصابه، فوصل إليه صاحبه وهو حي، فهذه المسألة على وجهين: إن تمكن من الذبح، بأن كان في الوقت سعة، ومعه آلة الذبح، لا يحل إلا بالذبح.

وإن لم يتمكن من الذبح، إن كان عدم التمكن لفقد الآلة، فكذلك لا يحل إلا بالذبح، قال شيخ الإسلام في شرحه: وقد روى في غير رواية "الأصول" عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: أنه يحل. وإن كان عدم التمكن لضيق الوقت، بأن بقي فيه من الحياة مقدار ما لا يتأتى فيه الذبح، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه أنه لا يحل عندنا، وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل: يحل، وهو قول الشافعي رضي الله تعالى عنه، وبه أخذ الصدر الشهيد في "واقعاته".

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: إن كان الباقي من الحياة مقدار ما يبقى من المذبوح بعد الذبح، يحل، قيل: هو قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل، وإن كان الباقي من الحياة أكثر مما يكون في المذبوح، إلا أنه لا يتأتى فيه الذبح بذلك القدر، لا يحل، قيل: هذا بلا خلاف.

١٠٧٠٩- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" في باب التردي: وما أدركت ذكاته من المتردي، وما أكل السبع، فذكيتها حل. وتكلموا في إدراك ذكاته، والحاصل أنه إذا كان يتوهم أن يعيش، تقبل الذكاة بلا خلاف، حتى لو ذكاها، يحل، وإن كان لا يتوهم أن يعيش، لكن بقي فيه من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بعد الذبح، كالحركة وشبهها، قال أبويوسف رحمه الله تعالى: لا يقبل الذكاة، وقال محمد: يقبل، وإذا بقي فيه من الحياة مقدار ما بقي في المذبوح بعد الذبح، كالحركة، وشبهها، قال أبو يوسف: لا يقبل الذكاة، وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، ذكر القاضي الإسبيجاني، وشمس الأئمة السرخسي أنه يقبل، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى أنه لا يقبل، فشيخ الإسلام سوى بين هذا وبين ما إذا جرحه الكلب أو السهم، وقد بقي فيه من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، فإنه لايكون محلا للذكاة، حتى لو أخذه

المالك، ولم يدركه حل، وهم فرقوا. والجواب فى الشاة إذا مرضت، وبقى فيها من الحياة مقدار ما يبقى فى المذبوح بعد الذبح، كالجواب فى التى أكلها السبع، وبقى فيها من الحياة مقدار ما يبقى فى المذبوح بعد الذبح.

١٠٧١٠- وإذا ضرب البازى الصيد بمنقاره، أو مخلبه، حتى أثخنه، أو جرحه الكلب، ثم جاء صاحبه، ومات الصيد، عامة المشايخ رحمهم الله تعالى على أنه لا يحل أكله.

١٠٧١١- [وإذا رمى سهمًا إلى صيد فأصابه، وأثخنه، حتى لا تستطيع براحا، ثم رماه بسهم آخر، فأصابه، ومات، لا يحل أكله][1]. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى: هذا إذا علم أنه مات من الرمية الثانية، أو لم يعلم أنه مات من أيتهما، أما إذا علم أنه مات من الرمية الأولى حل.

١٠٧١٢- إن رماه بسهم، وأصابه، ثم رماه رجل آخر بسهم، وأصابه، إن لم يثخنه الأول، حل، وإن أثخنه الأول، إن بقى فيه من الحياة مقدار ما بقى فى المذبوح بعد الذبح، نحو الاضطراب، بأن أبان الأول رأسه، وفى هذا الوجه يحل أيضًا، وإن كان الباقى فيه من الحياة أكثر مما يبقى فى المذبوح بعد الذبح، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا يحرم الصيد بالرمى الثانى؛ لأنه لاعبرة لهذه الحياة عنده، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يحرم؛ لأن لهذه الحياة عبرة عنده.

١٠٧١٣- إذا رمى إلى صيد، وانكسر الصيد بسبب آخر قبل أن يصيبه السهم، ثم أصابه السهم، حل؛ لأنه حين رماه كان صيدًا، والعبرة فى حق الحل لوقت الرمى، إلا فى مسألة واحدة، ذكرها محمد رحمه الله تعالى فى آخر كتاب الصيد.

وصورتها: الحلال إذا رمى صيدًا، والرامى والصيد فى الحل، فلم يصل السهم الصيد، حتى دخل الصيد فى الحرم، والسهم على أثره، فأصابه السهم فى الحرم، ومات فى الحرم، أو فى الحل، لا يؤكل، واعتبر وقت الإصابة، أما فيما عداها، فالعبرة لحالة الرمى.

١٠٧١٤- وفى "النوادر": إذا رمى سهمًا إلى صيد، فأصابه، ووقع عند مجوسى مقدار ما يقدر على ذبحه، فمات، لا يحل تناوله؛ لأنه قادر على ذبحه بتقديم الإسلام. وإذا وقع عند نائم، والنائم بحال لو كان مستيقظًا يقدر على تذكيته، فمات، روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنه لا يحل؛ لأن النائم عنده كاليقظان فى مسائل معدودة من جملتها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

هذه المسألة . وعن محمد رحمه الله تعالى : أنه يحل ، لأن النائم عنده كالغائب ، وكالميت .

١٠٧١٥- وإن وقع عند صبى لا يعقل الذبح ، يحل ، وإن كان يعقل الذبح ، لا يحل .

١٠٧١٦- فى "فتاوى أهل سمرقند" : شق الرجل بطن شاة ، وأخرج ولدها ، وذبح الولد ، ثم ذبح الشاة ، فإن كانت الشاة لا تعيش من ذلك ، لا يحل ، وإن كانت تعيش من ذلك ، يحل؛ لأن فى الفصل الأول الشاة قبل الفصل الثانى ، وإنه يصح .

١٠٧١٧- شاة ذبحت ، فلم تتحرك بعد الذبح ، ولم يخرج منها الدم ، فالمسألة على وجهين : إن علم حياتها وقت الذبح ، حلت ، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى [المسألة] فى "واقعاته" من غير ذكر خلاف ، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرح كتاب الصيد اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى فى هذا الوجه ، قال : كان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول : لا يحل لعدم معنى الذكاة ، وهو تسييل الدم النجس ، وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى يقول : يحل لوجود فعل الذكاة ، قال عليه الصلاة والسلام : «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»[1] ، وإن لم يعلم حياتها وقت الذبح ، فإن لم تتحرك ، ولم يخرج منها الدم ، لا يحل ، وإن تحرك ، ولم يخرج منها الدم المسفوح ، أو خرج منها الدم المسفوح ، فلم تتحرك ، حل .

---

(١) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ١٨٥)، وقال : قلت : غريب بهذا اللفظ ، وذكره الحافظ ابن حجر فى "الدراية" (٩٠٣) أيضًا ، وقال : لم أجده ، وإنما فى الدارقطنى من حديث أبى هريرة ، وإسناده واهٍ ، وأخرج عبد الرزاق مثله عن عمر مثله موقوفًا ، وعن ابن عباس كذلك .

الفصل السابع
في صيد السمك

١٠٧١٨- الأصل عندنا في إباحة السمك، أن ما مات بآفة يؤكل، وما مات منه بغير آفة لا يؤكل، وإن قتلها شيء من طير الماء أكل؛ لأنها ماتت بآفة، وإن ألقاها في جب ماء، فكذلك؛ لأن ضيق المكان آفة. وكذلك إن جمعها في حظيرة لاتستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها بغير صيد، فمتن كلهن، فلا بأس بأكلهن؛ لأنهن متن لضيق المكان، حتى كانت الحالة هذه، وإن كان لا يقدر على أخذهن من غير صيد، فلا خير في أكلهن؛ لأنه لم يظهر لموتهن سبب.

١٠٧١٩- ولو مات في الشبكة وهي لا تقدر على التخليص منها، أو أكلت شيئًا مما يلقى في الماء ليأكل، فمات وذلك معلوم، فلا بأس بأكله، وكذلك لو ربطها في الماء وماتت، وكذلك إن جمد الماء، وبقي في الجمد وماتت.

١٠٧٢٠- ولو ماتت بحرّ الماء، أو ببرودته، ذكر القدوري رحمه الله تعالى: أن فيه روايتين، ذكر في بعض الروايات الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال في موضع: على قول أبي يوسف: لا يؤكل، وعلى قول محمد: يؤكل، وقال في موضع: على قول أبي يوسف يؤكل، وعلى قول محمد لايؤكل. وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: أنه ذكر في غير رواية الأصول، أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يحل، وعلى قول محمد رحمه الله: يحل.

١٠٧٢١- وإذا انحسر الماء عنها تؤكل، وإذا انحسر الماء عن بعضها، إن كان رأسها في الماء لا تؤكل، وإن كان رأسها خارج الماء تؤكل؛ لأن ذلك موتها، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرحه".

وفي "المنتقى": إذا كان الرأس وحده خارج الماء يؤكل، وإذا كان الرأس في الماء لا يؤكل، إن كان ما على الأرض النصف، أو أقل لا يؤكل وإن كان ما على الأرض أكثر من النصف لا يؤكل.

١٠٧٢٢- وإذا اصطاد سمكة، فوجد في بطنها أخرى أكلها، لأن الأولى ماتت بالأخذ، والثانية بضيق المكان، وهذه المسألة تدل على أنه إذا وجد في بطن السمكة الطافية

سمكة، أنها تؤكل وإن كانت الطافية لا تؤكل، وعن محمد رحمه الله تعالى فى السمكة توجد فى بطن الكلب أنه لا بأس بأكلها يريد إذا لم تتغير؛ لأنها ماتت بسبب.

١٠٧٢٣- وإذا ضربها ضارب وقطع بعضها لا بأس بأكل ما قطع منها، وإن كان ما قطع مبان من الحى، والمبان من الحى ميت، إلا أن الميت من السمكة حلال إذا مات بآفة، والمبان من السمك ميت بآفة. وكذلك لا بأس بالسمك يصيدها المجوسى؛ لأنها تحل من غير تسمية، فإن المسلم إذا أخذ السمك وترك التسمية عليه عمداً يحل بدون التسمية، وما يحل بدون التسمية المجوسى وغير المجوسى فيه سواء -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثامن
فى الرجل يسمع حس الصيد ويرميه، ثم يتبين خلافه

١٠٧٢٤- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": ومن سمع حسًّا ظن أنه حس صيد فأرسل كلبه عليه، أو رماه فأصاب صيدًا، فإن كان ذلك الحس حس صيد، فلا بأس بتناول ما أصاب، يستوى فيه أن يكون الذى سمع حسه مأكول اللحم، أو غير مأكول اللحم، فإن كان ذلك الحس حس إنسان، أو حيوان من الأهليات لايكون تناول ما أصابه حلالا؛ لأنه رمى إلى الحس، والرمى إلى الآدمى والأهليات لا يكون اصطيادًا، وحل الصيود يتوقف على الاصطياد، وإن لم يتبين ماكان ذلك الحس لا يحل تناول ما أصاب.

١٠٧٢٥- وفى "النوادر": إذا رمى طائرًا، فأصاب طيرًا آخر، وذهب ذلك الطير، ولا يدرى أنه كان أهليًا، أو وحشيًا، فإنه يحل تناول الطير الذى أصابه.

١٠٧٢٦- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا كان الحس حس خنزير لا يحل تناول ما أصاب بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله [فى الخنزير لا يؤثر شرعًا فى لحمه، ولا فى جلده، فلا يؤثر فيما أصابه أيضًا بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله][1] فى سائر السباع مؤثر فى طهارة الجلد، فجاز أن يؤثر فى إباحة لحم ما أصابه.

١٠٧٢٧- وإن كان ذلك الحس حس سمكة، فظنه طير الماء أو كان ذلك الحس حس جراد، فظنه صيدًا لم يؤكل؛ لأنه لا يقع عليهما الذكاة، فالرمى إليهما، وتركه على السواء، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه يؤكل؛ لأن الرمى إليه صيد.

١٠٧٢٨- وفى "المنتقى": إذا سمع حسًّا بالليل وظن أنه إنسان، أو دابة، أو حية فرماه، فإذا ذلك الذى سمع حسه صيد، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذى سمع حسه أو أصاب صيدًا آخر، فقتله لا يؤكل؛ لأنه رماه وهو لا يريد الصيد. قال ثمه: ولا يحل الصيد إلا بوجهين: أن يرميه وهو يريد الصيد، وأن يكون ذلك الذى أراده، أو سمع حسه، ورمى إليه صيدًا سواء كان مما يؤكل أو لا يؤكل.

١٠٧٢٩- وذكر بعد هذه المسألة فى "المنتقى" أيضًا: لو سمع حسًّا، فظنه أنه آدمى[2]،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ف" و"م": فظنه أنه شىء، فأصاب الحس... إلخ.

فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد أكل ؛ لأن تعينه فى الرمى إليه يسقط حكم قصده، فصار كما لو قصد إلى محسوس.

قال : ولو نظر إلى بعير ناد فرماه فأصاب الصيد يؤكل، وكذلك إذا سمع حسه ورماه وهو يظن أنه صيد فأصاب [صيداً، ولو نظر إلى ظبى مربوط أو ألف يشبه بصيد فرماه وهو يظن أنه صيد فأصاب](١) ظبيًا آخر لم يؤكل، ولو رماه فأصاب غيره وقد ذهب المرمى إليه، فلا يدرى ألفًا كان أو غير ألف، فلا بأس بأكل الصيد الذى أصابه؛ لأن الظبى صيده حتى يعلم أنه غير صيد.

١٠٧٣٠ - وأما إذا رماه وهو يظن أنه نادّ فأصاب صيداً، ثم ذهب البعير ولا يدرى أنه نادّ أو غير نادّ لم يؤكل؛ لأن البعير غير نادّ فى الأصل، فيجرى على الأصل حتى يعلم خلافه - والله أعلم- .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل التاسع
في الأهلي يتوحش

١٠٧٣١- الأصل في هذا أن الإنسي[١] إذا توحش ووقع العجز عن ذكاة الاختيار، يحل بذكاة الاضطراب، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

١٠٧٣٢- قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: في البعير والبقرة إذا ند، فلايقدر على أخذه، قال: إذا علم أنه لا يقدر على أخذه إلا أن يجمع لذلك جماعة كثيرة من الناس، فله أن يرميه، وهذا على ما يقع في نفس صاحبه، ويستوي في ذلك أن يكون الند في المصر، أو خارج المصر.

١٠٧٣٣- قال: وأما الشاة فليست هكذا، إذا كانت في المصر؛ لأن البعير يصول، والبقرة تشطح، فأما[٢] الشاة فليست كذلك. أشار إلى أن في الشاة القدرة على الذكاة الاختيارية ثابتة بحكم الغلبة ما دامت في المصر، قال: وإن كانت الشاة ند في الصحراء، فذهبت فظن صاحبها أنه لا يقدر عليها، فله أن يرميها.

١٠٧٣٤- وفي "القدوري": وكل بعير، أو بقرة، أو شاة ندت، وصارت كالصيد، لا يقدر عليها صاحبها، فإن ذكاتها ذكاة الصيد سوى بين البعير، والبقرة، والشاة، والصحيح هو الفرق.

١٠٧٣٥- وفي "النوادر": دجاجة لرجل تعلقت بشجرة، لا يصل إليها صاحبها، فرماها، قال: إن كان يخاف فوتها، تؤكل، وإن كان لا يخاف فوتها، لا تؤكل. وفيه أيضًا: رجل له حمامة طارت، فرماها صاحبها، أو غيره، فإن كانت لاتهتدي إلى منزلها، حل أكلها، أصابت الرمية مذبحها، أو موضعًا آخر، وإن كانت تهتدي إن أصابت الرمية المذبح حل أكلها، وإن أصابت موضعًا آخر، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى، ونص محمد في "العيون" أنه لا يحل أكلها، وهكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند" وكذا ذكر البقالي في "فتاواه".

١٠٧٣٦- وعلى هذا الظبي إذا علم في البيت فخرج إلى الصحرا، فرماه رجل فإن

---

(١) وفي "ف": الأهلي مكان الإنسي.

(٢) وفي "م": وأما مكان فأما.

أصاب المذبح يحل أكله، وإن أصاب موضعا آخر، لايحل أكله، إلا أن يتوحش، فلايؤخذ إلا بصيد، وإن أصاب الظلف، أو القرن فقتله حل، إذا رماه وخلصت الرمية إلى اللحم، وكذا المتردى فى البئر إذا لم يقدر على إخراجه، ولاعلى مذبحه، فإن ذكاته ذكاة الصيد.

فى "المنتقى": بعير تردى فى بئر، فوجأه وجأة يعلم أنه لا يموت منها، فمات لا تؤكل، وإن كان مشكلا أكل. وفيه أيضًا: رجل حمل عليه بعير غيره ليقتله، فقتله، أكل لحمه إن كان لا يقدر على أخذه، وأراد بذلك ذكاته، وإن لم يرد به ذكاته، لا يؤكل، وجعل الصيال بمنزلة الند.

١٠٧٣٧- وفى "النوازل": بقرة يتعسّر عليها الولادة، فأدخل صاحبه يده، وذبح الولد، حل أكله، وإن جرحه فى غير موضع الذبح، إن كان لا يقدر على مذبحه، يحل أيضًا، وإن كان يقدر، لا يحل -والله أعلم-.

الفصل العاشر
فيما أبين من الصيد

١٠٧٣٨- قال: إذا قطع من إلية الشاة قطعة، أو من فخذها، لا يحل، وأهل الجاهلية كانوا يفعلون ذلك، فرد عليهم رسول الله ﷺ، فقال: «ما أبين من الحى فهو ميتة»[١].

١٠٧٣٩- ثم الأصل فى جنس هذه المسائل أنه ينظر إن كان الصيد مما يعيش بدون المبان، فإن المبان منه يؤكل إذا مات من ضربه، أو رميه، والمبان لا يؤكل، وإن كان الصيد لا يعيش بدون المبان، يؤكل المبان منه، والمبان جميعًا، مثال الأول: إذا قطع فخذه، فأبانها، مثال الثانى: إذا قطع الرأس.

وهذا لأنا إنما عرفنا حرمة المبان بالحديث الذى روينا، والحديث يتناول المبان من الحى المطلق [والمطلق][٢] ينصرف إلى الكامل، فيتناول الحى صورة ومعنى، فإذا كان المبان الفخذان، أو ما أشبه ذلك مما يعيش الصيد بدونه، فهو مبان من الحى حقيقة ومعنى، وإذا كان المبان الرأس، وما أشبهه، فهذا مبان من الحى صورة، ومن الميت معنى؛ لأنه لا يبقى بعد مثل هذا القطع من الحياة فيه إلا قدر ما يبقى فى المذبوح بعد الذبح، وذلك القدر من الحياة غير معتبر شرعًا، فكان مبانًا من الميت، فلا يدخل تحت الحديث.

١٠٧٤٠- قال: ولو ضرب صيدًا، وسمى، فأبان طائفة من الرأس، إن كان المبان أقل من نصف الرأس، لا يؤكل المبان؛ لأنه يتوهم بقاء الصيد حيًا بعد قطع هذا المقدار [وإن كان المبان نصف الرأس، أو أكثر، يؤكل الكل؛ لأنه لا يتوهم بقاءه حيًا بعد قطع هذا المقدار][٣]، وإن شاء قطع شيئًا منه من موضع يتوهم أن يعيش الصيد بدون ذلك المقطوع، إلا أنه لم يبنه، فهذا على وجهين: إن كانت الإبانة على وجه يحتمل الالتئام والاندمال، يؤكل كله، وإن كان على وجه لا يحتمل الالتئام والاندمال، بأن تعلق المبان بجلده، كان بمنزلة ما قد بان منه؛ لأن

(١) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ٣١٧)، ثم قال: ورواه أحمد وابن أبى شيبة وإسحاق بن راهويه والدارمى وأبو يعلى فى مسانيدهم، والطبرانى فى "معجمه"، والدارقطنى فى "سننه" والحاكم فى "المستدرك"، وقال: حديث صحيح على شرط البخارى ولم يخرجه، وكلهم بلفظ: "ما قطع منه البهيمة وهى حية فهو ميتة" أو قريبًا من هذا اللفظ.

(٢) هكذا فى النسخ التى توجد عندنا جميعًا، وكان فى الأصل: المبان مكان المطلق.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فى الوجه الأول لم توجد الإبانة، لا حقيقة، ولا حكمًا، والميت هو المبين من الحى، وفى الوجه الثانى وجدت الإبانة معنى، وإن لم توجد صورة، والعبرة للمعنى، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، فى "الواقعات".

١٠٧٤١- رجل ذبح الشاة، وقطع الحلقوم، والأوداج، إلا أن الحياة باقية فيها، فقطع إنسان بضعة منها، يحل أكل تلك البضعة منها؛ لأن هذا ليس بمبان من الحى؛ لأن ما بقى منها من الحياة غير معتبر أصلا.

الفصل الحادى عشر
فى بيع آلة الاصطياد

١٠٧٤٢- قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الصيد: إن الصحيح من المذهب أن المعلم وغير المعلم إذا كان بحيث يقبل التعليم سواء فى حكم البيع، حتى قال فى "النوازل": لو باع الجرو، جاز بيعه؛ لأنه يقبل التعليم، وإنما الذى لا يجوز بيعه العقور الذى لا يقبل التعليم.

وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فصل الكلب الجاهل فى موضعين، ذكر فى أحد الموضعين: أن الكلب مع جهالته لو كان عقوراً، لا نص فيه، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا قيمة له، ومنهم من قال: له قيمة.

١٠٧٤٣- وذكر فى الموضع الآخر: أن بيع الجاهل العقور جائز فى ظاهر الرواية، وفى "النوادر": أنه لا يجوز بيعه.

وأما كلب المزابل، ذكرت فى ظاهر الرواية أنه لا بأس بأكل ثمنه.

١٠٧٤٤- وعن محمد رحمه الله تعالى فى "النوادر": أنه قال: لا يحل ثمن كلب المزابل، قال شمس الأئمة السرخسى: وكذلك الأسد إذا كان يقبل التعليم، ويصطاد به، جاز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم، لا يجوز بيعه.

١٠٧٤٥- قال: والفهد والبازى يقبلان التعليم على كل حال، فجاز بيعها لذاك، فأما بيع السنور الذى ينتفع به، فجائز بالاتفاق، وعبارة شمس الأئمة الحلوانى: أن السنور له ثمن عندنا إذا تمول، وذكر فى باب الصيد: أن من قتل كلباً معلماً، أو بازاً معلماً لغيره، فعليه قيمته، وكذلك إذا قتل هرة غيره.

وكل ما ذكرنا أنه يجوز بيعه يجب الضمان بإتلافه، وهبة المعلم من الكلاب ووصيته جائزة بالإجماع -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثانى عشر
فى المتفرقات

١٠٧٤٦- البازى المعلم إذا أخذ صيدًا، أو قتله، ولا يدرى ما حال البازى، أرسله إنسان أولا؟ لا يؤكل، وكذلك الكلب على هذا.

١٠٧٤٧- ويكره لحم الإبل الجلالة، والعمل عليها وتلك حالها، إلى أن تحبس أيامًا، وتعلف بعلف طيب، والجلالة التى تعتاد أكل الجيف، ولا تختلط، ويكون منتنًا. وإنما كره الاستعمال كيلا يتأذى الناس بروائحها، فأما ما يختلط، فيتناول الجيف، وغير الجيف على وجه لا يظهر ذلك فى لحمه، فلا بأس بأكل لحمه، والعمل عليها، ألا ترى إلى ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى النوادر: لو أن جديا غذى بلبن خنزير، فلا بأس بأكله، لأن ذلك لا يؤثر فى لحمه، ولا يتغير به.

وعلى هذا لا بأس بأكل الدجاج، وإن كان يقع على الجيف؛ لأنها تختلط، فلا يتغير لحمه، ولا ينتن، والحكم يدور على هذا المعنى، وما ذكر فى "الكتاب": أن الدجاج يحبس، فذلك فى الذى لا يأكل إلا الجيف، فأما الذى يأكل الجيف وغيره، فالحبس فيه ليس بشرط.

ثم قال: يحبس أيامًا، وقد اختلفت الروايات فيه عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، منهم قال: ثلاثون يومًا، ومنهم من قال: عشرون، ومنهم من قال: عشرة، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الإبل تحبس أربعون، والبقرة عشرون، والشاة عشرة، والدجاجة ثلاثة، وهكذا روى عنهم فى "النوادر".

وروى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى فى الإبل عشرون، وفى البقرة عشرة، وفى الشاة ثلاثة أيام، وفى الدجاجة يوم. وقال بعضهم: فى كل ذلك ثلاثة أيام، والأصل أنها تحبس إلى أن تزول عنها الرائحة المنتنة، وإليه أشار فى "الأصل" حيث قال: حتى تزول عنها الرائحة الكريهة، ثم ذكر فى "الأصل" الأكل والعمل عليها، ولم يذكر البيع، وذكر فى "النوادر": يكره بيعها، وهبتها ما دام تلك حالها.

١٠٧٤٨- وعن محمد رحمه الله تعالى: فى الجدى يغذى بلبن الحمار مرة أو مرتين، أنه لا يكره، فإذا أكثر كره، حتى تعلق مدة يحدث فيه مثل هذا السمن، وروى أنه لا يكره؛ لأنه لا يتغير. ويجب أن تكون مسألة الجدى غذى بلبن الخنزير على الروايتين.

وذكر الحسن فى الشاة تشرب خمرًا، وما فيه بول، أنه يكره ذبحها ساعتئذٍ حتى تحبس

ثلاثة أيام، وذكر الطحاوى خلافه.

الجنين إذا خرج حيّا، ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه، فمات يؤكل، هكذا ذكر فى "النوازل": وهذا التفريع على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، لاعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقد ذكرنا قبل هذا فى الصيد إذا أصابه السهم، وأدركه صاحبه حيّا، ولم يتمكن من ذبحه لضيق الوقت، عن شمس الأئمة السرخسى أنه لا يحل عندنا، فعلى قياس تلك المسألة ينبغى أن لا يحل هذا أيضًا.

فى "المنتقى": قال محمد رحمه الله تعالى: فى الجنين إذا لم يتم خلقه لايؤكل، وإن تم أكل، شعر، أو لم يشعر.

١٠٧٤٩- فى "النوازل" أيضًا: رجل له شاة حامل، فأراد ذبحها، فإن تقاربت الولادة، يكره ذبحها؛ لأنه يضيع ما فى بطنها من غير زيادة فائدة؛ لأنه تقاربت الولادة، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

١٠٧٥٠- فى "العيون": رجل اشترى سمكة فى خيط مشدود فى ماء، فقبضها المشترى، ثم ناول الخيط البائع، وقال: احفظها لى، فجاءت سمكة أخرى، فابتلعتها، فههنا مسألتان:

إحداهما: إذا ابتلعت الجائية المشدودة، والجواب فيها أن الجائية للبائع؛ لأنه هو الذى صادها، ويخرج السمكة المشدودة [المشراة][1] من بطنها، ويسلم إلى المشترى من غير خيار وإن نقصها الابتلاع؛ لأن هذا نقصان حصل بعد القبض، حتى لو لم يقبض المشترى، والباقى بحاله، يخير المشترى إن نقصها الابتلاع.

المسألة الثانية: إذا ابتلعت المشدودة الجائية، وفى هذه المسألة هما جميعًا للمشترى؛ لما قلنا.

١٠٧٥١- وفيه أيضًا: رجل أرسل كلبه على صيد، فأخطأ، ثم عرض له صيد آخر، فقتله، يؤكل، وإن فاته الصيد، فرجع، فعرض له صيد آخر، فقتله، لا يؤكل؛ لأن الرجوع نقض الإرسال، والإرسال شرط حل الأكل.

١٠٧٥٢- فى "مجموع النوازل": وجد حيوان رأسه ووجهه يشبه السبع، وشعره

---

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى الأصل و "ظ": المشرية.

وقوايمه يشبه الشاة، هل يؤكل؟ قال: يلقى بين يديه لحم وكلأ، فإن تناول اللحم، لا يؤكل، وإن تناول الكلأ يؤكل.

١٠٧٥٣- ويكره الاصطياد للتلهى، وأن يأخذه حرفة. وأخذ الطير بالليل لا بأس به، والنهى محمول على الندب، ونحن نقول: الأولى أن لا يفعل -والله أعلم-

تم كتاب الصيد من "المحيط" بحمد الله تعالى.

كتاب الذبائح

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول : فى بيان أهلية الذابح[1] .
الفصل الثانى : فى صفة الزكاة .
الفصل الثالث : فيما يذكى به .
الفصل الرابع : فيما يتعلق بالتسمية على الذبائح .

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل و "ف" : الذبائح مكان الذابح .

الفصل الأول
فى بيان أهلية الذابح

١٠٧٥٤- فنقول: أهلية الذبح من له ملة التوحيد دعوى واعتقادًا، كالمسلم، أو دعوى لا اعتقادًا كالكتابى، ويستوى أن يكون الكتابى حربيًا، أو ذميًا؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾[1]. وذبيحة الأخرس حلال؛ لأنه عاجز عن التسمية بحكم الخرس، فيعتبر بالعجز بحكم النسيان، وذبيحة الصبى الذى يعقل ويضبط حلال.

قوله: يضبط، معناه أنه يضبط شرائط الذبح من فرى الأوداج، وقوله: يعقل، تكلموا فى معناه، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: معناه يعقل التسمية، وقال بعضهم: معناه: أنه يعلم أن حل الذبيحة بالتسمية، وقال بعضهم: معناه أن يعلم أن الحل بقطع الحلقوم والأوداج -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) سورة المائدة: الآية ٥.

الفصل الثانى
فى صفة الذكاة

١٠٧٥٥- اعلم بأن الذكاة نوعان : اختيارى حالة القدرة، وذلك فى اللبة، وما فوق ذلك إلى اللحيين، هذا هو لفظ "القدورى"، وفى "الجامع الصغير" : لا بأس بالذبح فى الحلق كله أسفله وأوسطه، وأعلاه.

١٠٧٥٦- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : قصّاب ذبح الشاة فى ليلة مظلمة، فقطع أعلى الحلقوم، أو أسفل منه، يحرم أكلها؛ لأنه ذبح فى غير المذبح؛ لأن المذبح هو الحلقوم، فإن قطع البعض، ثم علم، فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت بالأول، فهذا على وجهين : إما إن قطع الأول بتمامه، أو قطع شيئًا منه، ففى الوجه الأول لا يحل، وفى الوجه الثانى يحل.

١٠٧٥٧- وذكاة اضطرارى حال عدم القدرة، وهى الجرح فى أى مكان كان . ثم فى حالة القدرة إذا قطع الحلقوم والمرىء، والودجان، فقد أتم الذكاة، وإن قطع الأكثر من ذلك، حل أكله، واختلفت الروايات فى تفسير ذلك، روى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وهو قول أبى يوسف الأول : إنه إذا قطع الثلاث من الأربعة، أى ثلث ما قطع، فقد قطع الأكثر، ثم رجع أبو يوسف عن هذا، وقال : يشترط قطع الحلقوم، والمرىء، وأحد الودجين.

وعن محمد رحمه الله تعالى : أنه يعتبر قطع الأكثر عن كل واحد من هذه الأشياء الأربعة. وعنه أيضًا : إذا قطع الحلقوم، والمرىء، والأكثر من كل الودجين، يحل، وما لا فلا، قال مشايخنا : وهو أصح الجوابات.

١٠٧٥٨- وإذا ذبح الشاة من قبل القفا، فإن قطع الأكثر من هذه الأشياء قبل أن يموت، حلت، وإن ماتت قبل قطع الأكثر من هذه الأشياء، لا يحل، ويكره هذا الفعل؛ لأنه خلاف السنة، وفيه زيادة إيلام. وإن نحر الشاة، أو ذبح الإبل جاز، لحصول ما هو المقصود، وهو تسييل الدم المسفوح، والسنة خلافه.

١٠٧٥٩- وإذا ضرب شاة بالسيف، وأبان رأسها، حلت، وذلك الفعل مكروه، وإذا ذبحها متوجهة لغير القبلة، حلت، لكنه يكره.

الفصل الثالث
فيما يذكى به

١٠٧٦٠- وما ذبح بسن، أو ظفر غير منزوع، فهو ميتة، ولا بأس بأكله إذا كان منزوعًا، ولكن يكره الذبح [به]. وما أفرى الأوداج، وأنهر الدم، فلا بأس بالذبح به، حديدًا كان أو قصًّا، للحديث المعروف[1] -والله أعلم-.

---

(١) ذكره الزيلعي في "نصب الراية"، وقال: هو ملفّق من حديثين، فروى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج، والحديث أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" (٨٦٢٠) أيضًا، انظر "نصب الراية" (٤/ ١٨٦).

الفصل الرابع
فيما يتعلق بالتسمية على الذبائح

١٠٧٦١- إذا سمى على الذبيحة بالفارسية، يجوز، وإذا قال مكان التسمية: الله أكبر، أو [قال: سبحان الله، أو][1] قال: الحمد لله، فإن أراد به التسمية، يحل، وإن أراد به التسبيح، أو التحميد، أو التكبير، لا يحل.

وإن قال: اللّهم اغفر لى، اللّهم تقبل منى، لا يحل.

١٠٧٦٢- قال البقالى: والمستحب أن يقول: بسم الله والله أكبر، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الصيد: المستحب أن يقول: بسم الله أكبر، بدون الواو، وقال: ومع الواو يكره؛ لأنه يقطع بغير التسمية.

١٠٧٦٣- وإذا ذبح شاة، وسمى، فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن لم يكن له نية، أو أراد التسمية على الذبح، وفى هذين الوجهين حل الذبح، وإن أراد غير التسمية على الذبح، لا يحل؛ لأنه لم يأت بالمأمور به، والمأمور به التسمية على الذبح.

١٠٧٦٤- وإذا ذكر التسمية بدون ذكر الهاء، إن أراد به التسمية، يحل الذبح، ويكون ترك الهاء على سبيل الترخيم، وإنه مسموع من كلام العرب، وإن لم يرد به التسمية، لا يحل، هاتين المسألتين فى "النوازل".

١٠٧٦٥- ولو قال: بسم الله، وباسم فلان، فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله تعالى فيه، قال إبراهيم بن يوسف: يصير ميتة، وبه أخذ الصدر الشهيد فى "واقعاته"، وقال محمد ابن سلمة: لا يصير ميتة، فأما إذا ذكر بدون الواو، يريد أن يضحى من فلان، لا يصير ميتة، وهذا الفصل منقول عن الفقيه أبى بكر رحمه الله تعالى، إلا أن المنقول عنه بالفارسية: بسم الله بنام فلان.

١٠٧٦٦- وعلى هذا إذا قال: بسم الله وباسم محمد رسول الله. ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله، أو قال: بسم الله محمد رسول الله، إن قال بالرفع، يحل، وإن قال: بالخفض، لا يحل، هكذا ذكر فى "النوازل". وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو، ويلحق به فى كلامه، وقال بعضهم: على قياس ما روى عن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا

---

(١) هذه العبارة أثبتت من "م".

يرى الخطأ فى النحو معتبراً فى باب الصلاة، ونحوها لا يحرم الذبيح .

ولو قال : بسم الله وصلى الله على محمد ، أو قال : صلى الله على محمد بدون الواو ، حل الذبيح ، ولكن يكره ذلك .

١٠٧٦٧- وفى "البقالى" : حل الذبيح إن وافق التسمية الذبح ، وقيل : إن أراد بذكر محمد الاشتراك فى التسمية ، لا يحل ، وإن أراد به التبرك بذكر محمد ، يحل ، ويكره ذلك .

١٠٧٦٨- ويكره أن يدعو بعد التسمية قبل الذبح بالتقبل وغيره ، نحو قوله : بسم الله اللّهم تقبل منى ، أو يقول : من فلان ، أو يقول : اللّهم اغفر لى ؛ لأن الواجب تجريد التسمية ، ولم يجرد التسمية .

وأما إذا دعا قبل التسمية ، أو دعا بعد الذبح ؛ ، فلا بأس به ، وبه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ .

١٠٧٦٩- وإذا أراد أن يذبح عدداً من الذبائح ، لم تجزئه التسمية الأولى عما بعدها .

١٠٧٧٠- ولو أرسل كلبه المعلم على صيد وسمى ، أو رمى سهمًا ، وسهمًا ، فأصاب صيودًا فى فور الإرسال ، فإنه يحل الكل ، والفرق ما ذكرناه فى كتاب الصيد .

١٠٧٧١- وإذا أضجع شاة ليذبحها ، وأخذ السكين وسمى ، ثم ألقى تلك السكين وأخذ أخرى ، وذبح بها حل ، ولو أخذ سهمًا وسمى ، ثم وضع ذلك السهم ، ورمى بغيرها ، لم يحل بتلك التسمية . والفرق بينهما أن التسمية فى ذكاة الاختيار مشروعة على الذبيح ، لا على الآلة ، والذبيح لم يتبدل بما صنع ، إنما تبدلت الآلة .

١٠٧٧٢- وأما فى ذكاة الاضطرار : فالتسمية شرعت على الآلة ، فإن النبى عليه الصلاة والسلام قال لعدى بن حاتم : «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل لأنك سميت على كلبك»[١] .

فقد شرط التسمية على الآلة ، وهو الكلب ، وإذا ثبت فى الكلب ثبت فى السهم ؛ لأن السهم نظير الكلب من حيث إنه آلة يعمل منفصلا عن صاحبه .

وإذا كانت التسمية مشروعة فى ذكاة الاضطرار على الآلة [وتبدلت] وصار تبدل الآلة

---

(١) أخرجه البخارى (٥١٥٨) فى كتاب الصيد : باب التسمية على الصيد ، ومسلم فى "صحيحه" (١٣٢٩) فى باب الصيد بالكلاب المعلّمة ، وابن حبان فى "صحيحه" (٥٨٨١) ، وأبو عوانة فى "مسنده" (٧٥٥٨) ، وأبو داود فى "سننه" (٢٨٤٨) فى كتاب الصيد : باب فى الصيد ، والترمذى (١٤٧٠) كذلك فى كتاب الصيد : باب ما جاء فى الكلب يأكل من الصيد ، والنسائى فى "سننه" (٤٢٦٣) فى كتاب الصيد والذبائح : باب الأمر بالتسمية عند الصيد ، وأحمد فى "مسنده" (١٧٧٧٢) .

فى ذكاة الاضطرار كتبدل الذبيح فى ذكاة الاختيار ، فإن اضجع شاة ليذبحها ، وسمى [فلم يقطع السكين ، فنحاها ، وأخذ أخرى ، وذبحها بتلك التسمية ، لا يجوز ، فهنا كذلك . وإذا أضجع شاة ليذبحها ، وسمى][1] عليها ، ثم كلم إنسانًا ، أو شرب ماء ، أو حدد سكينًا ، أو أكل لقمة ، أو ما أشبه ذلك من عمل ، لم يكن حلت بتلك التسمية ، وإن طال الحديث وكثر العمل كرهت أكلها ، وليس فى ذلك تقدير بل ينظر فيه إلى العادة ، إن استكثره الناس فى العادة يكون كثيرًا ، وإن كان يعد قليلا فهو قليل . ثم ذكر فى هذا الفصل لفظ الكراهية ، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيها .

١٠٧٧٣- وفى أضاحى الزعفرانى : إذا حدد الشفرة تنقطع تلك التسمية من غير فصل بين ما إذا قل أو كثر .

١٠٧٧٤- وفيه أيضًا : إذا سمى ثم انقلبت الشاة ، أو البقرة من يده ومالت من مضجعها ، ثم [إذا] أعادها إلى مضجعها انقطعت تلك التسمية .

١٠٧٧٥- وفيه : إذا ذبح [الذابح] ، وسمى صاحب الأضحية ، أوغيره لم يجز -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

كتاب الأضحية

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول :

الفصل الأول : فى بيان وجوب الأضحية ومن تجب عليه ومن لا تجب .
الفصل الثانى : فى وجوب الأضحية بالقدر ، وما هو فى معناه .
الفصل الثالث : فى وقت الأضحية .
الفصل الرابع : فيما يتعلق بالمكان ، والزمان .
الفصل الخامس : فى بيان ما يجوز فى الضحايا ، وما لا يجوز ، وفى بيان المستحب ، والأفضل منها .
الفصل السادس : فى الانتفاع بالأضحية .
الفصل السابع : فى التضحية عن الغير ، وفى التضحية بشاة الغير عن نفسه .
الفصل الثامن : فيما يتعلق بالشركة فى الضحايا .
الفصل التاسع : فى المتفرقات .

الفصل الأول
في بيان وجوب الأضحية
ومن تجب عليه، ومن لا تجب عليه

١٠٧٧٦- قال القدورى فى شرحه : الأضحية واجبة عند أصحابنا رحمهم الله تعالى، إلا فى إحدى الروايتين عن أبى يوسف، فإنها سنة.

وشرط وجوبها اليسار عند أصحابنا، والموسر فى "ظاهر الرواية" من له مائتا درهم، أو عشرون ديناراً، أو شيء يبلغ ذلك [سوى مسكنه، ومتاعه، ومركوبه، وخادمه، فى حاجته التى لا يستغنى عنها، فأما ما عدا ذلك][1] من سائمة، أو رقيق، أو خيل، أو متاع للتجارة، أو لغيرها، فإنه يعتد به فى يساره.

١٠٧٧٧- وفى "الأجناس" : إن جاء يوم الأضحى، وله مائتا درهم، أو أكثر، ولا مال له غيره، فهلك ذلك لا يجب عليه الأضحية، وكذلك لونقص عن المائتين.

١٠٧٧٨- ولو جاء يوم الأضحى ولا مال له، ثم استفاد مائتى درهم، فعليه الأضحية، وإن كان له عقار ومستغلات ملك فيه.

اختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله تعالى فى اعتبار الدخل، أو قيمة العقار مائتى درهم، فالزعفرانى والفقيه على الرازى اعتبر قيمتها، وأبو على الدقاق وغيره اعتبروا الدخل، واختلفوا فيما بينهم، قال أبوعلى الدقاق : إن كان يفضل من ذلك قوت سنة، فعليه الأضحية، ومنهم من قال : قوت شهر، فمتى فضل من ذلك قدر مائتى درهم فصاعداً، فعليه الأضحية، ومنهم من قال : إن كان غلها تكفيه، وتكفى عياله، فهو موسر، وإن كان لا تكفيه ولا تكفى عياله، فهو معسر، وإن كان العقار وقفًا عليه، ينظر إن كان قد وجب له فى أيام النحر أكثر من مائتى درهم، فعليه الأضحية، وإلا فلا أضحية عليه.

١٠٧٧٩- وروى ابن سماعة عن محمد عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى : أنه لاتجب الأضحية إلا على من له مائتا درهم فصاعداً، فعلى هذه الرواية سوّى بين غنى النصاب، وغنى الأضحية، وعلى ظاهر الرواية فرّق.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والمرأة تعتبر موسرة بالمهر إذا كان الزوج مليئًا عندهما، وعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه الآخر : لا تعتبر موسرة بذلك.

قيل : هذا الاختلاف بينهم فى المعجل الذى يقال له بالفارسية : وسيمان[1]، فأما المؤجل الذى يسمى : كابين، فالمرأة لا تعتبر موسرة بذلك بالإجماع.

١٠٧٨٠- وفى "الأجناس" : وإن كان خبازًا عنده حنطة، قيمتها مائتا درهم، يتجر به، أو ملح قيمتها مائتا درهم، أو قصار عنده صابون، أو أشنان، قيمتها مائتا درهم، فعليه الأضحية، وإن كان له مصحف قيمتها مائتا درهم، وهو ممن يحسن أن يقرأ فيه، فلا أضحية عليه، سواء كان يقرأ منه، أو يتهاون [ولا يقرأ] ولايستعمله، وإن كان لا يحسن أن يقرأ منه، فعليه الأضحية.

١٠٧٨١- وإن كان له ولد صغير حبس المصحف، يسلمه إلى الأستاذ فسلمه، فعليه الأضحية، وكتب العلم والحديث مثل مصحف القرآن فى هذا الحكم.

١٠٧٨٢- وإن كان الرجل غنيًا، وله أولاد صغار، وليس للأولاد مال، فليس عليه أن يضحى عن أولاده فى ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أن عليه ذلك، وقد قيل أيضًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى : يلزمه ذلك، وعند محمد وزفر : ليس عليه ذلك.

وإن كان للأولاد مال، ذكر شمس الأئمة السرخسى : قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : على الأب والوصى أن يضحى عنه من ماله عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، والأصح أنه ليس عليه ذلك؛ لأن القربة إنما تقع بإراقة الدم، والتصدق بعده تطوع، وذلك لا يجوز فى مال الصغير، وربما لا يمكنه أن يأكل الجميع، والبيع يتعذر، فلهذا لم يجب، وذكر شمس الأئمة الحلوانى : أن على أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى : يجب فى ماله، وإن ضحى عن نفسه الأب لم يضمن، وعند محمد رحمه الله تعالى : لا يجب فى ماله، وإن ضحى الأب ضمن.

قال القدورى فى شرحه : والصحيح أن يقال بأنه يضحى عنه من ماله، ويأكل الصبى منه ما يمكنه، ويباع بالباقى ما ينتفع بعينه، على ما يأتى بيانه -إن شاء الله تعالى-.

١٠٧٨٣- وذكر الصدر الشهيد فى "شرح الأضاحى للزعفرانى" : أنه إذا كان للأولاد مال ففى ظاهر الرواية أنه لا يجب على الأب والوصى أن يضحى من ماله، فإن فعل الأب أو

---

(١) صالحان وجميلان يعنى اختلاف الصالحين.

الوصى ذلك ضمن، وروى الحسن عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى أن على الأب أو الوصى أن يضحى من ذلك، وعند محمد وزفر ليس له ذلك، فإن فعل الأب أوالوصى ذلك، فعلى قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى على ما رواه الحسن يجب الضمان. وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف: فالأب لا يضمن بلاخلاف على كل حال.

١٠٧٨٤- وفى الوصى اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: إن كان الصبى يأكل، فلا ضمان على الوصى، وإن كان لا يأكل، فعليه الضمان، فرق هذا القائل بين الأب والوصى من حيث إن تصرف الوصى إنما ينفذ على الصبى إذا كان للصغير فيه نفع ظاهر، وإنما يكون نفعًا ظاهرًا إذا كان الصبى يأكل، أما تصرف الأب فإنما لا ينفذ إذا كان ضارًا، ولا ضرر ههنا.

ومنهم من قال: لا ضمان على الوصى على كل حال، كما لا ضمان على الأب، قال رحمه الله تعالى: وعليه الفتوى.

١٠٧٨٥- ومن كان موسرًا فى ابتداء أيام النحر، فلم يضح، حتى افتقر قبل مضى أيام النحر، سقط عنه الأضحية، وكذلك إذا أنفق، حتى انتقض النصاب.

وإن افتقر بعد مضى أيام النحر، لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة [وكذلك إذا كان موسرًا فى أيام النحر، فلم يضحِّ، حتى مات قبل مضى أيام النحر، سقطت عنه الأضحية، حتى لا يجب عليه الإيصاء.

١٠٧٨٦- ولو مات بعد مضى أيام النحر، لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة][1] حتى لزمه الإيصاء به. إشارة إلى أن الوجوب يتعلق بآخر الوقت، كما فى الصلاة.

وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فى الموسر إذا ولد له ولد فى أيام النحر، يضحى عنه ما لم تمض أيام النحر، بناء على ما قلنا: إن الوجوب بآخر الوقت.

وعلى أهل السواد الأضحية، بخلاف الجمعة، وصلاة العيد؛ لأن المصر هناك شرط، ولا كذلك فى الأضحية.

١٠٧٨٧- ولا أضحية على المسافر، وإن كان له أولاد، وبعضهم معه، وبعضهم فى المصر، فليس عليه أن يضحى على أولاده الذين معه، عليه أن يضحى على المقيمين فى المصر. وهذا على الرواية التى توجب الأضحية على الأب عن الولد الصغير، واعتبر حال من يضحى عنه، لا حال المضحى فى "القدورى"، وفى "المنتقى": إذا اشترى شاة يضحى بها، فسافر فى

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

أيام الأضحية قبل أن يضحى بها، فله أن يبيعها، علل، فقال: لأنه صار فى حال سقط عنه الأضحية. أشار إلى أن الوجوب بآخر الوقت، وهو فى آخر الوقت مسافر، ولا أضحية على المسافرين -والله أعلم-.

الفصل الثانى
فى وجوب الأضحية بالنذر، وما هو فى معناه

١٠٧٨٨- جمع أصحابنا رحمهم الله تعالى أن الشاة تصير واجبة الأضحية بالنذر، بأن قال : لله تعالى على أن أضحى هذه الشاة، وأجمعوا على أنها لا تصير واجبة الأضحية بمجرّد النية، بأن نوى أن يضحى هذه الشاة، ولم يذكر بلسانه شيئًا.

وهل تصير واجبة الأضحية بالشراء بنية الأضحية؟ قال : إن كان المشترى غنيّا، لاتصير واجبة الأضحية باتفاق الروايات كلها، حتى لو باعها، واشترى أخرى والثانية شر من الأولى جاز، ولا يجب عليه شيء.

وإن كان المشترى فقيرًا، ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى فى "شرح كتاب الأضحية" : أن فى ظاهر الرواية أصحابنا تصير واجبة الأضحية، وروى الزعفرانى عن أصحابنا أنها لا تصير واجبة، وإلى هذا أشار شمس الأئمة السرخسى : فى "شرحه" وذكر شمس الأئمة الحلوانى [أن] فى ظاهر رواية أصحابنا لا تصير واجبة الأضحية، وذكر الطحاوى فى "مختصره" : أنها تصير واجبة.

وأما إذا صرّح بلسانه وقت الشراء، أنه اشتراها ليضحى بها، فقد ذكر شمس الأئمة الحلوانى : أنها تصير واجبة.

١٠٧٨٩- ذكره الزعفرانى فى أضاحيه : رجل اشترى أضحية، و أوجبها للأضحية، فضلت منه، ثم اشترى مثلها، و أوجبها أضحية أخرى، ثم وجد الأولى، قال : إن كان أوجب الأخرى إيجابًا مستأنفًا، فعليه أن يضحى بها، وإن كان أوجبها بدلا عن الأولى، فله أن يذبح أيهما شاء، ولم يفصل بين الغنى، والفقير.

١٠٧٩٠- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : الفقير إذا اشترى أضحية، فسرقت، فاشترى أخرى مكانها، ثم وجد الأولى، فعليه أن يضحى بهما، فرق بينه وبين ما إذا كان غنيّا، والفرق أن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء قد تعذر، فتعذر الوجوب على الغنى بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب الأضحية إلا واحدة.

١٠٧٩١- وفيه أيضًا : الفقير إذا اشترى أضحية فضلّت، فليس عليه أن يشترى مكانها أخرى، ولو كان غنيّا، فعليه ذلك؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء يتناول هذا

العين، فوجب التضحية بهذا العين، فيسقط الوجوب بهلاكه، أما الوجوب على الغني: فبإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب التضحية بهذا العين، فلا يسقط الوجوب بهلاكه.

١٠٧٩٢- وإذا اشترى أضحية وباعها، حتى جاز البيع في ظاهر رواية أصحابنا، ثم اشترى مثلها، وضحى بها، فإن كانت الثانية مثل الأولى، أو خيراً منها جاز، ولا يلزمه شيء آخر، وإن كانت الثانية شرّاً من الأولى، فعليه أن يتصدق بفضل القيمة.

قال شمس الأئمة السرخسي في "شرحه": من أصحابنا من قال: هذا إذا كان الرجل فقيراً، فأما إذا كان غنيا ممن يجب عليه الأضحية، فليس عليه أن يتصدق بفضل القيمة؛ لأن في حق الغني الوجوب عليه بإيجاب الشرع، فلا يتعين بتعينه في هذا المحل، ألا يرى أنها لو هلكت، بقيت الأضحية عليه؟ فإذا كان ما ضحى به محلا صالحًا، لم يلزمه شيء آخر.

وأما الفقير، فليس عليه أضحية شرعًا، وإنما لزمه بالتزامه في هذا المحل بعينه، ولهذا لو هلكت لم يلزمه شيء آخر، فإذا استفضل لنفسه شيئًا مما التزمه، كان عليه أن يتصدق به.

قال الشيخ: والأصح عندي أن الجواب فيهما سواء؛ لأن الأضحية إن كان واجبة على الغني في ذمته، فهو متمكن من تعين الواجب في المحل، فيتعين بنفسه[1] في [هذا] المحل من حيث قدر المالية؛ لأنه تعين، وإن كان لا يتعين من حيث فراغ الذمة.

١٠٧٩٣- رجل أوجب على نفسه عشر أضحيات قالوا: لا يلزمه إلا اثنان؛ لأن الأثر جاء بالاثنين، هكذا ذكر في "النوازل" قال الصدر الشهيد في "واقعاته": والظاهر أنه يجب الكل؛ لأنه أوجب على نفسه ما لله تعالى من جنسه واجب.

١٠٧٩٤- في "الحاوي": ذكر هشام في "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا نذر ذبح شاة، لا يأكل منها الناذر، ولو أكل، فعليه قيمة ما أكل، وفي أضاحي الزعفراني إذا قال: لله على أن أضحي بشاة في أيام النحر، فإن كان موسراً، فعليه أن يضحي بشاتين، إلا أن يعني بالإيجاب ما يجب عليه؛ لأن النذر إيجاب، والإيجاب ينصرف إلى غير الوجوب ظاهراً.

ألا ترى أن من قال: لله تعالى على حِجة كان عليه حجتان، حجة الإسلام، وما أوجبه على نفسه، إلا إذا عنى بالإيجاب ما هو واجب عليه، كذا ههنا.

فإن كان فقيراً، فعليه شاة، فإن أيسر كان عليه شاتان، ما أوجب بالنذر، وما أوجب عند اليسار، كذا ههنا -والله أعلم-.

---

(١) وفي "م": بتعينه.

الفصل الثالث
فى وقت الأضحية

١٠٧٩٥- وقت الأضحية ثلاثة أيام : اليوم العاشر ، والحادى عشر ، والثانى عشر من ذى الحجة، فإذا غربت الشمس من اليوم الثانى عشر لا تجوز الأضحية بعد ذلك ، وأفضلها أولها ، قال على رضى الله تعالى عنه : "النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها" .

١٠٧٩٦- قال فى "الأجناس" : أول وقت الأضحية لأهل السواد طلوع الفجر الثانى من يوم النحر ، وفى حق أهل المصر عند فراغ الإمام من صلاة العيد يوم النحر ، وآخر وقت الذبح يستوى فيه أهل السواد ، وأهل المصر . قال ثمه أيضًا : والوقت المستحب لذبح الأضحية فى حق أهل السواد بعد طلوع الشمس ، وفى حق أهل المصر بعد خطبة الإمام، ولوذبح بعد الصلاة قبل الخطبة ، جاز .

١٠٧٩٧- وذكر فى "الإملاء" : عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : ولو ذبح بعد أن يتشهد الإمام قبل أن يسلم ، جاز عن أضحيته ، وقد أساء ، وقبل أن يتشهد الإمام لا يجوز . وفى "الحاوى" : إن ذبح بعد ما تشهد الإمام قبل أن يسلم ، لا يجوز ، وفى رواية : يجوز ، وقد أساء ، قال ثمه : والأول أصح .

١٠٧٩٨- وفى "أضاحى الزعفرانى" : لو ضحى بعد ما قعد الإمام قدر التشهد ، لم يجز عندنا وعند الحسن يجزئه .

١٠٧٩٩- وفى "الأجناس" : لو صلى الإمام صلاة العيد على غير وضوء ، ولم يعلم به حتى عاد ، وذبح الناس ، جاز من أضحيتهم ، سواء علموا قبل تفرّق الناس ، أو بعد تفرقهم ، ومتى علم الإمام ذلك ، ونادى بالصلاة ليعيدها ، فمن ذبح قبل أن يعلم ذلك -يعنى نداء الإمام- أجزأه ، ومن ذبح بعد العلم ، إن ذبح قبل الزوال ، لا يجوز ، وإن ذبح بعد الزوال ، جاز ؛ لأنه مضت مدة وقت الإعادة .

١٠٨٠٠- فى "الواقعات" : إذا أخّر الإمام يوم العيد الصلاة ، ينبغى للناس أن يؤخروا ، والتضحية إلى وقت الزوال ؛ لأن قبل تلك الصلاة مرجوة ، فإن فاتت الصلاة ، إما سهوًا ، أو عمدًا ، جاز لهم التضحية فى هذا اليوم ، فإن خرج الإمام إلى الصلاة من الغد ، أو من بعد الغد ، فضحى الناس قبل أن يصلى [الإمام] أو بعد ما صلى ، جاز ؛ لأن الشمس إذا زالت فى

اليوم الأول، فات الوقت المسنون، وإنما يصلى الإمام فى اليوم الثانى والثالث على وجه القضاء، فلا يظهر ذلك فى حق التضحية.

١٠٨٠١- فى "الأجناس": لو ترك أهل المصر صلاة العيد لفتنة، أو لعدم الأمير من قبل السلطان، لا يجوز الأضحية إلا بعد الزوال، وفى اليوم الثانى والثالث يجوز قبل الزوال.

وفى "الحاوى" قيل: لا يجوز فى اليوم الثانى والثالث[أيضًا] إلا بعد الزوال، قال صاحب "الحاوى": قال القاضى الإمام على السغدى رحمه الله تعالى: القول الأول أشبه جمع بين ما إذا كان ترك الصلاة لفتنة وقعت فى المصر، وبين ما إذا لم يكن ثمه أمير من قبل السلطان، وأجاب بجواب واحد فيهما أنه لا يجوز الأضحية فى هذا اليوم إلا بعد الزوال.

١٠٨٠٢- وفى "الواقعات": لو أن بلدة وقعت فيها فترة، ولم يبقَ فيها من يصلى بهم صلاة العيد، فضحوا بعد طلوع الفجر جاز؛ لأن البلدة فى هذا الحكم صارت كالسواد، فى الأضاحى للزعفرانى: وإذا وقعت فتنة فى المصر، ولم يكن بها إمام من قبل السلطان يصلى بهم صلاة العيد، القياس أن يكون وقت الأضحية لهم بعد طلوع الفجر، وفى الاستحسان بعد زوال الشمس.

١٠٨٠٣- وفيه أيضًا: لو ذبح أضحية بعد زوال الشمس من يوم عرفة فيما يرى أنه يوم عرفة، ثم تبين أنه يوم النحر، جازت الأضحية؛ لأنه تبين أنه ضحى فى وقته، ولو ذبح قبل الصلاة، وهو يرى أنه يوم النحر، ثم تبين أنه اليوم الثانى، أجزأه من الأضحية أيضًا؛ لما ذكرنا.

١٠٨٠٤- إذا استخلف الإمام أن يصلى بالضعفة فى [المسجد] الجامع، وخرج بنفسه إلى الجبانة [مع الأقرباء، فضحى رجل بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلى أهل الجبانة][1] القياس أن لا يجوز، وفى الاستحسان: يجوز، ذكر القياس والاستحسان فى الأصل، وإن ضحى بعد ما فرغ أهل الجبانة، قيل: فى هذه الصورة يجوز قياسًا، واستحسانًا، وقيل: القياس والاستحسان فيهما واحد.

قال شمس الأئمة الحلوانى: هذا إذا ضحى رجل من الفريق الذى [صلى، أما إذا ضحى رجل من الفريق الذى][2] لم يصل، فلم تجز أضحيته قياسًا، واستحسانًا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٨٠٥- فى "الأضاحى للزعفرانى" : إذا ضحى رجل من الناحية التى صلى فيها، أو من الناحية الأخرى جاز، وذكر "القدورى" : لو استخلف الإمام من يصلى بضعفة الناس فى المصر، فصلى أحد المسجدين أيهما كان، جازت الأضحية، ولم يذكر القياس والاستحسان.

١٠٨٠٦- ولا تجوز التضحية فى الليلة الأولى من أيام النحر، ويجوز فى الليلة الثانية والثالثة، فلم تجعل الليلة الأولى ههنا تبعًا للنهار الآتى، إنما فعل كذلك رفقًا بالناس حتى لا يفوتهم الحج لو وقفوا فى الليلة الأولى من يوم النحر.

١٠٨٠٧- فى "واقعات الناطفى" : إذا وقع الشك فى يوم الأضحى، فأحب إلىّ أن لايؤخر الذبح إلى اليوم الثالث؛ لأنه يحتمل أنه يقع فى غير وقته، فإنه أخر فأحب إلىّ أن يتصدق بذلك كله، ولا يأكل، ويتصدق بما هو المذبوح وغير المذبوح؛ لأنه لو وقع فى غير وقته، لايخرج عن العهدة إلا بذلك. ولو اشترى أضحية فى اليوم الثالث، والمسألة بحالها، ليس عليه شىء؛ لأنه وقع الاحتمال فى الوجوب.

١٠٨٠٨- فى "النوازل" : الإمام إذا صلى العيد يوم عرفة، وضحى الناس، فهذا على وجهين: إما أن يشهد عنده شهود على هلال ذى الحجة، أو لم يشهدوا، ففى الوجه الأول جازت الصلاة والتضحية؛ لأن التحرز عن هذا الخطأ غير ممكن، والتدارك غير ممكن غالبًا. فيحكم بالجواز، صيانة لجميع المسلمين، ومتى جازت الصلاة، جازت التضحية ضرورة. [وفى الوجه الثانى لا يجوز؛ لأنه لا ضرورة إلى التجويز، ومتى لم تجز الصلاة، لا تجوز الأضحية][1]، فمتى لم يجز، لو ضحى الناس فى اليوم الثانى، وهو أول يوم النحر، فهذا على وجهين: إما إن صلى الإمام فى اليوم الثانى، أو لم يصل، ففى الوجه الأول لم يجز؛ لأنه ضحى قبل الصلاة فى يوم هو فى وقت الصلاة، وفى الوجه الثانى المسألة على قسمين: إما أن يضحى قبل الزوال، أو بعد الزوال، فإن ضحى قبل الزوال، فإن كان يرجو أن الإمام يصلى، لا يجزئه، وإن كان لا يرجو، يجزئه، وفى الوجه الثانى يجزئه.

هذا كله إذا تبين أنه يوم عرفة، أما إذا لم يتبين، لكن شكوا فيه فى الوجه الأول، وهو ما إذا شهدوا به عنده لهم أن يضحوا من الغد من أول الغد؛ لأنه لو تبين كان لهم ذلك، فهذا أحق، وفى الوجه الثانى، وهو ما إذا لم يشهدوا عنده الاحتياط أن يضحوا من الغد بعد الزوال؛ لأن رجاء الصلاة إنما ينقطع من الغد بعد الزول.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الرابع
فيما يتعلق بالمكان والزمان

١٠٨٠٩- قال القدورى : لو أن رجلا من أهل السواد دخل المصر لصلاة الأضحى ، وأمر أهله أن يضحوا عنه ، جاز أن يذبحوا عنه بعد طلوع الفجر ، قال محمد رحمه الله تعالى : أنظر فى هذا إلى موضع الذبح دون المذبوح عنه ، ولو كان الرجل بالسواد ، وأهله بالمصر ، لم يجز ذبح الأضحية عنه إلا بعد صلاة الإمام ، وهكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وروى عنهما أيضًا : أن الرجل إذا كان فى مصر ، وأهله فى مصر آخر ، فكتب إليهم أن يضحوا عنه ، فإنه يعتبر مكان الذبيحة ينبغى أن يضحوا بعد صلاة الإمام فى المصر الذى تذبح فيه، وروى عن الحسن أنه قال : لا تجوز التضحية حتى يصلى فى المصرين جميعًا احتياطًا .

١٠٨١٠- وإذا أراد المصرى بأن يتعجل اللحم فى يوم الأضحية ، ينبغى أن يأمر بإخراج الأضحية إلى بعض هذه الصور ، فيضحى هناك قبل الصلاة ، فيجوز اعتبارًا لمكان الأضحية .

١٠٨١١- ذكر الفضلى فى فتاواه : وإذا مضى أيام النحر ، فقد فاته الذبح ؛ لأن الإراقة إنما عرفت فى زمان مخصوص ، ولكن يلزم التصدق بقيمة الأضحية إذا كان ممن يجب عليه الأضحية ، فإن كان أوجب شاة بعينها ، أو اشترى ليضحى بها ، فلم يفعل حتى مضت أيام النحر تصدق بها حية ؛ لأنه تعذر إقامة القربة من حيث الذبح ، لفوات الوقت ، والتصدق فى باب الأضحية ، وإن لم يكن ركنًا ، ولكن له مدخل فيه ، وأنه قربة معقولة ، فيجعل أصلا عند تعذر إقامة القربة بالذبح ، فوجب التصدق . ولا يجوز الأكل منها ؛ لأن فعل التصدق انقلب أصلا فى هذا الباب ، والصدقات للفقراء دون الأغنياء ، فإن باعها ، تصدق بثمنها ؛ لأن الثمن بدل عنها ، فيلزمه التصدق به عند وقوع العجز عن التصدق بعينها بالبيع .

١٠٨١٢- وفى "الأضاحى للزعفرانى" : اشترى أضحية ، فأوجبها ، ثم باعها ، ولم يضح ببدلها حتى مضى أيام النحر ، تصدق بقيمة التى باع ، فإن لم يبعها حتى مضت أيام النحر ، تصدق [بها حية ، فإن ذبحها وتصدق بلحمها ، جاز ، فإن كان قيمتها حية أكثر ، تصدق][١] بالفضل ، ولو أكل منها شيئًا ، غرم قيمته ؛ لأنه فوت المبدل ، فيجب عليه البدل ، فإن لم يفعل ذلك حتى جاء أيام نحر آخر ، فضحى بها فى العام الأول ، لم يجزه ؛ لأن إراقة الدم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

عرفت قربة بالنص، والنص شرعها قربة أداء بالإمضاء، وإن كان باعها بعد ما مضت أيام النحر تصدق بثمنها، فإن باعها بما يتغابن الناس فيه أجزأه، بما لا يتغابن الناس فيه، تصدق بالفضل -والله أعلم-.

الفصل الخامس
فى بيان ما يجوز من الضحايا، وما لا يجوز
وفى بيان المستحب منها، والأفضل فيها

١٠٨١٣- ويجزئ فى الأضحية الثنى، فصاعدا من كل شيء، ولا يجزئ ما دون ذلك من كل شيء، إلا الجذع من الضأن إذا كان عظيمًا، ومعناه أنه إذا اختلط مع الثنان، يظن الناظر إليه أنه ثنى. ثم الجذع الذى أتى عليه أكثر السنة، وهى سبعة أشهر، وطعن فى الثانية، وهو قول أهل الفقه، والثنى من الغنم الذى تم عليه سنة، وطعن فى الثانية، ومن البقر الذى تم له سنتان، وطعن فى الثالثة، ومن الإبل الذى تم له خمس سنين، وطعن فى السادسة، هذا كله قول أهل الفقه.

١٠٨١٤- ولا بأس بالخصى والجماء، وهى الشاة التى لا قرن لها، أو مكسورة القرن، والجرباء إذا كانت سمينة، والثولاء وهى المجنونة إذا كانت سمينة، والعرجاء إذا كانت تمشى، فلا بأس بها، وإذا كانت لا تقوم ولا تمشى لا يجوز، وهو المراد من الرجاء البين عرجها المذكور فى الحديث. قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: إذا كانت تمشى بثلاث قوائم وتجافى الرابع عن الأرض، لا يجوز، وإذا كانت تضع الرابع على الأرض تستعين به، إلا أنه يتمايل مع ذلك، وتضعه وضعًا خفيفًا يجوز، وأما إذا كانت تدفع دفعًا، أو تحمل إلى المنسك، لا يجوز.

١٠٨١٥- ولا تجزئ العمياء، ولا العوراء، وهى ذاهبة إحدى العينين بكماله، ولا التى ليس لها أذنان، أو إحدى الأذنين، ولا مقطوعة الألية، وإن كانت صغيرة الأذنان، جاز، وروى أسيد بن عمرو عن محمد رحمه الله تعالى ما لم يخلق بها أذنان يجوز.

وفى "الضحايا" للحسن بن زياد: قال أبوحنيفة رضى الله تعالى عنه: جاز إذا خلقت بلا أذنين، وفى "زيادات نوادر هشام": قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كانت لها أذنان صغيران يجوز بعد أن يسمى أذنان، وإذا كان لها ألية صغيرة خلقة تشبه الذنب، قال محمد رحمه الله تعالى: تجزئ، وإن لم يكن لها ذنب، ولا ألية خلقة، قال محمد: لا تجزئ، بمنزلة ما لم يحلق لها أحد العينين.

وأما الحتماء وهى التى لا أسنان لها، فقد روى هشام عن أبى يوسف: أنه لايجوز،

سواء كانت تعتلف، أو لا تعتلف، وإن بقى بعض أسنانها إن كانت تعتلف بما بقى من الأسنان، جاز، وما لا فلا، ولا تجزئ العجفاء التى لا تنقى، ولا المريضة البين مرضها، ولا الجلالة التى تأكل الجيف، ولا تأكل غيرها.

١٠٨١٦- ولا بأس بالشق فى الأذن، والكى وهى السمة، وهى الثقب فى الأذن، وروى أبو سليمان عن محمد رحمه الله تعالى: لا بأس بالقابلة، وهى التى شق أذنها من خلفها، ولم يصل الشق إلى قدامها، وبالشرقاء وهى التى قطع من وسط أذنها، فنفذ الخرق إلى الجانب الآخر.

١٠٨١٧- وإذا ذهب بعض العين الواحدة، أو بعض الأذن الواحدة، أو بعض الألية، أو بعض الذنب، أو بعض السنام، فإن كان الذاهب كثيراً يمنع جواز الأضحية [وإن كان الذاهب قليلا، لا يمنع جواز الأضحية][1]. وتكلموا فى حد الفاصل بين القليل والكثير، فالزائد على النصف كثير بالإجماع، وأما النصف فظاهر مذهبهما كثير، وأما ما دون النصف فوق الثلث، فهو قليل عندهما، وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى ظاهر مذهبه كثير، قال أبو يوسف: ذكرت قولى لأبى حنيفة رحمه الله تعالى، فقال: قولى مثل قولك، ولا بأس بالمهزولة إذا بقى لها بعض الشحم، فإن لم يبقَ شىء من ذلك لا يجوز. لا يجزئ الجدعاء، وهى مقطوعة الأنف، ولا التى قطع ضرعها، ولا التى يبس ضرعها.

ومن المشايخ من يذكر فى هذا الفصل أصلا، ويقول: كل عيب يزيل المنفعة على الكمال، يمنع الأضحية، وما لا يكون بهذه الصفة، لا يمنع.

١٠٨١٨- ثم كل عيب يمنع الأضحية، ففى حق الموسر يستوى أن يشتريها كذلك، أو يشتريها وهى سليمة، فصارت معيوبة بذلك العيب، لا يجوز على كل حال، وفى حق المعسر يجوزعلى كل حال؛ لأن فى حق الموسر الوجوب فى الذمة بصفة الكمال، فلا يتأدى بالناقص، فأما فى حق الموسر، لا وجوب فى الذمة، وإنما يثبت الحق فى العين، فيتأدى بالعين على أى صفة ما كانت، وبه ورد الأثر عن على رضى الله تعالى عنه.

١٠٨١٩- وإن أصابها شىء من العيوب فى اضطرابها حين أضجعها للدفع، وذبحها على مكانها جاز استحساناً. وإذا انفلت، ثم أخذت وذبحت، روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى غير رواية الأصول أنها إذا أخذت من فوره ذلك جاز، وإلا فلا، وعن محمد: أنه يجوز فى الحالين بعد أن تكون التضحية فى وقت الأضحية.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٨٢٠- ولا يجوز شيء من الوحش، نحو حمار الوحش، وبقر الوحش وأشباههما، وإن ألفت. وفي المتولد بين الوحشي والأهلي يعتبر الأم، إن كانت الأم وحشية لا تجزئ في الأضحية، وإن كانت أهلية تجزئ.

ويجزئ الجاموس في الأضحية عن سبعة؛ لأنه نوع من البقر، والخصي أفضل من الفحل؛ لأنه أطيب لحمًا.

قال الشيخ أبو محمد الجرمسي رحمه الله تعالى: البقرة أفضل من الشاة في الأضحية إذا استوتا في القيمة؛ لأنها أعظم وأكثر، والشاة أفضل من سبع البقرة إذا استوتا في القيمة واللحم؛ لأن لحم الشاة أفضل[١] من سبع البقرة، وإذا كان سبع البقرة أكثر لحما، فسبع البقرة أفضل. والأصل في هذا أنهما إذا استويا في القيمة واللحم، فأطيبهما لحما أفضل، وإذا اختلفا في القيمة واللحم، فالفاضل أولى.

١٠٨٢١- وإذا ثبت هذا فنقول: الفحل بعشرين، وذلك قيمته أفضل من خصي بخمسة عشر، وإن كان الخصي أطيب لحما؛ لأن الآخر أكثر عينًا، وإن استويا في القيمة واللحم، فالكبش أفضل، وكذا الكبش والنعجة إذا استويا في القيمة واللحم، فالكبش أفضل، وإن كانت النعجة أكثر قيمة أو لحمًا، فهو أفضل. والذكر من الضأن أفضل إذا استويا؛ لأنه أطيب لحمًا، والأنثى من البعير كذلك، والبقرة أفضل من ست شياه إذا استويا، وسبع شياه أفضل من البقرة، في أضاحي الزعفراني: البعير أفضل من البقر؛ لأنه أعظم.

١٠٨٢٢- وفي "فتاوى أبي الليث": شراء الأضحية بثلاثين درهما شاتان أفضل من شراء واحدة، قال: وشراء الواحدة بعشرين أفضل من شراء شاتين بعشرين؛ لأن بثلاثين درهمًا يوجد شاتان على ما يجب من كمال الأضحية في السن والكبر، ولا يوجد بعشرين كذلك، حتى لو وجد كان شراء الشاتين أفضل [ولو لم يوجد بثلاثين كذلك كان شراء الواحد أفضل][٢].

١٠٨٢٣- في "فتاوى أهل سمرقند": الأفضل أن يضحي الرجل بيده إذا قدر عليه، وإن لم يقدر فوض إلى غيره، وقد صح أن رسول الله ﷺ تولى البعض بنفسه، وولى عليًا رضي الله تعالى عنه الباقي، وحكي أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه فعل بنفسه.

---

(١) وفي نسختي "م" و"ف": أطيب مكان أفضل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٨٢٤- ويستحب للمضحى أن يأكل من أضحيته، ويطعم منها غيره، وإن أكل الكل أو أطعم الكل كان جائزاً واسعًا. ويجوز أن يطعم منه الغنى والفقير، ويهب منه ما شاء لغنى أو فقير، أو مسلم، أو ذمى، ولا بأس بأن يحبس المضحى لحمها. ويدخر كم شاء من المدة، والصدقة أفضل، إلا أن يكون الرجل ذا عيال، فالأفضل أن يدعه لعياله، ويوسع به عليهم، هذه الجملة فى أضاحى الزعفرانى.

١٠٨٢٥- وروى بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل له تسعة من العيال وهو العاشر، فضحى بعشر من الغنم عن نفسه وعن عياله، ولا ينوى بعينها، لكن ينوى العشرة منهم ومنه، جاز فى الاستحسان، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

الفصل السادس
فى الانتفاع بالأضحية

١٠٨٢٦- يكره له أن يحلب الأضحية، ويجز صوفها قبل الذبح، وينتفع به؛ لأن الحلب والجز تفويت جزء منها، وقد التزم التضحية بجميع أجزاءها، فلا يجوز له أن يحبس شيئًا منها، وإن فعل ذلك تصدق بها.

من أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال: بأن هذا فى الشاة التى أوجبها، وليست بواجبة، كالمعسر إذا اشترى أضحية، فأما الموسر إذا عين أضحية، فلا بأس بالحلب والجز؛ لأن الوجوب لم يتعين فيها، وإنما هو واجب فى ذمته، ويسقط عنه بالذبح، فقبل الذبح صارت هى وغيرها سواء.

١٠٨٢٧- قال: وإذا ذبحها فى وقتها، جاز له أن يحلب لبنها، ويجز صوفها، وينتفع به؛ لأن القربة أقيمت بالذبح، والقربة والانتفاع بعد إقامة القربة مطلق، كالأكل، وإن كان فى ضرعها لبن، وهو يخاف نضح ضرعها بالماء البارد لينتقص اللبن، فلايتأذى به، إلا أن هذا إنما ينتفع إذا كان بقرب من أيام النحر، فأما إذا كان بالبعد، فلا يفيد هذا؛ لأن اللبن ينزل ثانيًا وثالثًا بعد ما ينتقص، ولكن ينبغى أن يحلبها، ويتصدق باللبن، كالهدى إذا عطب قبل أن يبلغ محله، فإن عليه أن يذبحها، ويتصدق بلحمها. قال البقالى فى كتابه: وما أصاب من لبنها تصدق بمثله، أو قيمته، وكذلك الأرواث، إلا أن يعلفها بقدرها.

١٠٨٢٨- ويجوز الانتفاع بجلد الأضحية، وهدى المتعة والتطوع بأن يتخذها فروًا، أو بساطًا، أو جرابًا، أو غربالا، أو نطعًا، وله أن يشترى به متاع البيت، كالغربال، والمنخل، والقربة، والكساء، والخف، وكذلك له أن يشترى به ثوبًا يلبسه، ولايشترى به الحبل والمِروى، وكذلك لا يشترى به اللحم.

١٠٨٢٩- ولا بأس ببيعه بالدراهم ليتصدق بها، وليس له بيعها بالدراهم لينفقه على نفسه، ولو فعل ذلك تصدق بثمنها. لو أراد بيع لحم الأضحية ليتصدق بثمنها، ليس له ذلك، وليس له فى اللحم إلا أن يطعم، أو يأكل، هكذا ذكر فى "الأجناس".

١٠٨٣٠- وصار حاصل الجواب فى الجلد أنه لو باعه بشىء ينتفع به بعينه [يجوز، ولو باعه بشىء لا ينتفع به إلا بعد ما استهلكه لا يجوز، وفى اللحم لا يجوز أصلا، سواء باع بشىء

ينتفع به بعينه][1]، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه .

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح كتاب الأضحية : أن الجواب في اللحم كالجواب في الجلد إن باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز ، ويتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة في "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى : أنه لو اشترى باللحم ثوبًا ، فلا بأس بلبسه ، ولو أراد أن يعطي الجزار ، أو الذابح أجرته من لحمها لايجوز .

١٠٨٣١- وإذا اشترى بعيرًا ، أو بقرة ، وأوجبها أضحية ، كره له ركوبه ، واستعماله ، وإن فعل ذلك ونقصه تصدق بما نقصه ، وإن آجره تصدق بأجره .

١٠٨٣٢- في "أضاحي الزعفراني" : وإذا اشترى بقرة ، وأوجبها أضحية ، فولدت ولدًا ، ذبحها وولدها معًا ؛ لأن حق التضحية ثبت في الأم ، حتى منع المالك عن الانتفاع به ، كما يمنع من الانتفاع به لو رهن أو كاتب ، والحق متى ثبت في عين الأم سرى إلى الولد ، وإذا سرى الحق إلى الولد وجب ذبح الولد .

ومن المشايخ من قال : لا يجب عليه أن يذبح الولد مع الأم ؛ لأنه لو ذبحه ذبحه بطريق التضحية ، ولا يجوز التضحية بالولد . قلنا : هذا هكذا إذا أراد التضحية بالولد مقصودًا ، والتضحية ههنا بالولد تجب تبعًا ، ويجوز أن يثبت الشيء تبعًا لغيره وإن كان لا يثبت مقصودًا .

ومن أصحابنا من قال : ما ذكر من الجواب في كتاب أنه يذبح الولد مع الأم محمول على الأضحية التي وجب بالإيجاب ، بأن كان صاحبها معسرًا ، فأما إذا اشتراها موسرًا فولدت ، لا يكره ذبح الولد ؛ لأن الحق غير متعلق بهذا العين .

١٠٨٣٣- فإن ذبح الولد يوم الأضحى قبل الأم ، أو بعدها جاز ، وإن لم يذبحه ، وتصدق به حيًّا في يوم الأضحية أجزأه، هكذا ذكره الزعفراني .

وعن محمد رحمه الله تعالى في "المنتقى" : أنه لو تصدق بالولد حيًّا في أيام الأضحى ، فعليه أن يتصدق بقيمته ، فإن باع الولد في أيام الأضحى ، تصدق بثمنه ، فإن لم يبعه ، ولم يذبحه حتى مضت أيام النحر ، فعليه أن يتصدق بالولد حيًّا .

١٠٨٣٤- وإذا ذبح الولد مع الأم ، أكل من الأم ، وهل يأكل من الولد؟ ذكر الصدر الشهيد في الأضاحي أنه يأكل في ظاهر الرواية ، كما يأكل من الأم ، وروى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : أنه لا يأكل ، وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الأضحية : ذكر

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا .

الزعفرانى فى هذه المسألة فى أضاحيه، وقال فى موضع : يأكل، وقال فى موضع : لا يأكل.

وفى "الحاوى" : لا يأكل من الولد، بل يتصدق به، وإن أكل منه، تصدق بقيمة ما أكل، وإن تصدق بولده حيًّا، أحب إلى -والله أعلم- .

الفصل السابع
فى التضحية عن الغير وفى التضحية بشاة الغير عن نفسه

١٠٨٣٥- فى "فتاوى أبى الليث": إذا ضحى بشاة عن غيره بأمر ذلك الغير، أو بغير أمره لا يجوز؛ لأنه لا يمكن تجويز الأضحية عن الغير إلا بإثبات الملك لذلك الغير فى الشاة، ولن يثبت الملك له فى الشاة إلا بالقبض، ولم يوجد قبض الآمر ههنا لا بنفسه ولا بنائبه.

١٠٨٣٦- وفى "الأضاحى للزعفرانى": ضحّى الرجل ببقرة عن نفسه، وعن ستة من أولاده، فإن كانوا صغاراً أجزأهم، وإن كانوا كباراً، إن فعل فأمرهم فكذلك، وإن عدم الأمر لم يجز، وعن أبى يوسف: أنه يجوز عن البنين البالغين، وعن العيال بأمرهم وبغير أمرهم استحسانًا.

وقال الزعفرانى: عندنا لا يجوز، ولعل أبا يوسف ذهب إلى أن العادة إذا جرت من الأب فى كل سنة، صار كالإذن من الأولاد البالغين والعيال للأب استحسانًا، فإن كان على هذا الوجه، فالذى استحسن أبو يوسف مستحسن، فهذه المسألة نص، وتعليلها دليل على أن التضحية عن الغير بأمره يجوز أيضًا.

١٠٨٣٧- وفيه أيضًا: سئل نصر عن التضحية عن الميت، قال: يصنع به كما يصنع بالأضحية يريد به أنه يتناول من لحمه، كما يتناول من لحم أضحيته، فقيل له: أتصير عن الميت، قال: الأجر للميت، والملك للمضحّى، وبه قال أبو سلمة وابن مقاتل وابن مطيع، وقال عصام: يتصدق بالكل.

وفى "فتاوى الفضلى": أنه سئل عن الأضحية عن الميت بغير أمره، قال: رأيت من علماءنا أنه لا يتناوله، والرواية فى "الأجناس" وصورتها: نحروا ناقة عن سبعة: واحد من ميت ذبح عند ورثته، قال: نصيب الستة يأكلون، ونصيب الميت يتصدق به، ولا يأكل ورثته، قال القاضى ركن الإسلام على السغدى: وعن مشايخ بلخ أنه يتناول منه، وهى إشارة إلى المسألة المتقدمة، وبه أخذ الصدر الشهيد فى "واقعاته"، وهذا لأن الذبح فى هذه الصورة يقع على ملك الذابح، والثواب للميت، وبهذا لو كان للميت أضحية واجبة سقطت أضحيته، ولو كان الذبح بأمر الميت، قال: لا يتناول من لحمه، وعن مشايخ بلخ: أنه يتناول.

قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يتناول، قال خلف: سألت محمدًا عن الأضحية عن

الميت، أهي أفضل أم الصدقة؟ قال: إن تصدق بجميعها فالأضحية، وإلا فالصدقة أفضل.

١٠٨٣٨- في "فتاوى أبي الليث": وسئل أبو نصر عمن ضحى، وتصدق بلحمه عن أبويه، قال: يجوز؛ لأن اللحم ملكه، فقد تصدق بملكه عن أبويه فيجوز.

١٠٨٣٩- رجل ذبح أضحية غيره بغير أمره صريحًا، ففي القياس هو ضامن لها، ولايجزئ الآمر عن أضحيته، وفي الاستحسان: لاضمان، ويجزئ عن أضحية الآمر. ووجه ذلك أن المالك لما عينها لجهة الذبح، صار مستعينًا بكل أحد في التضحية بها في أيام الأضحية دلالة؛ لأن ذلك قد يفوته بمضي الوقت، واعترض عارض يمنعه عن إقامتها، والإذن دلالة، والإذن صريحًا سواء.

١٠٨٤٠- أطلق المسألة في "الأصل"، وقيدها في "الأجناس" بما إذا أضجعها صاحب الأضحية، وعلى هذا لو أن رجلين غلطا، فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه، أجزأ عن كل واحد منهما استحسانًا، ويجعل كل واحد منهما ذابحًا أضحية صاحبه بأمره دلالة، فيجوز عن كل واحد منهما أضحية، ويأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه. وإن كانا قد أكلا، ثم علما، فليحلل كل واحد منهما صاحبه، [ويجزئهما. وإن تشاحا بعد ذلك، ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته؛ لأن كل واحد منهما][1]، إذا لم يجز صنع صاحبه، لم تكن إضافة الذبح إليه، فيضمنه القيمة إن شاء، قال: ويتصدق كل واحد بتلك القيمة إن كان قد انقضت أيام النحر؛ لأن العين لو كان قائمًا، يجب التصدق بعينه، فإذا هلك العين يجب التصدق بالقيمة قائمًا مقام التصدق بالعين.

١٠٨٤١- وفي "فتاوى أهل سمرقند": رجل اشترى خمس شياه أيام الأضحية، وأراد أن يضحي بواحدة منها، إلا أنه لم يعينها، فذبح رجل واحدة منها في يوم الأضحى بغير أمره بنية أضحيته، يعني بنية أضحية صاحب الشاة، فهو ضامن؛ لأن صاحبها لما لم يعينها، لم يأذن بذبح عينها دلالة.

١٠٨٤٢- و في "المنتقى": رجل غصب أضحية غيره، وذبحها عن نفسه، وضمن القيمة لصاحبه، أجزأه ما صنع، والذبح يخالف الإعتاق، فإن الغاصب إذا أعتق، ثم ملكه بأداء الضمان، ولا ينفذ.

والفرق: أن عند أداء الضمان يثبت للغاصب الملك مستندا إلى وقت الغصب السابق، والمستند ثابت للحال من وجه، ومن ذلك الوقت من وجه، فكان الملك فيما بين الغصب وأداء

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الضمان ثابتا من وجه دون وجه، ومثل هذا الملك لا يكفى لنفاذ العتق، ويكفى لنفاذ القرب، أصله المكاتب إذا أعتق، وإذا أحصر وبعث بهدى من كسبه.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يجزئه الذبح عن نفسه بأداء الضمان، وقاسه بالإعتاق، وهكذا روى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى.

١٠٨٤٣- هذا إذا ضمن الغاصب قيمتها للمالك، وإن اختار المالك أخذها مذبوحة بحاله، لا يجزئه عن أضحيته، أخذها المالك مذبوحة، أو ضمنه قيمتها، وذكر شيخ الإسلام فى مسألة المودع إذا ذبح الوديعة ما يدل على الجواز ههنا.

ولو كان مكان[1] الغصب استحقاقًا، فإن ضمنه صاحبه قيمتها، ذكر الزعفرانى فى أضاحيه أنه يجوز بلا خلاف، وذكر الناطفى فى "أجناسه" فصل الاستحقاق، ونص أنه يجزئه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى.

١٠٨٤٤- وفى "أضاحى الزعفرانى" أيضًا: إذا غصب الرجل أضحية الغير، وذبحها عن نفسه متعمدا لذلك، فصاحب الأضحية بالخيار، إن شاء ضمن الذابح قيمتها، وإن شاء أخذها مذبوحة، وأيّا ما اختار لا يجوز عن صاحبها. وقال محمد بن مقاتل الرازى رحمه الله تعالى: إن ضمنه لا يجزئه، وإن أخذها مذبوحة يجزئه، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى؛ لأنه قد [نواه][2] فلايضره ذبح غيره لها.

١٠٨٤٥- وعن نصير فيمن دعى قصّابًا ليضحى عنه، فضحى القصاب عن نفسه، قال: هى للآمر.

١٠٨٤٦- ابن سماعة عن محمد: أمر رجلا أن يذبح شاة له، فلم يذبحها المأمور حتى باعها الآمر، ثم ذبحها، فالمأمور ضامن، ولا يرجع بما ضمن على الآمر، علم بالبيع أو لم يعلم، أما إذا علم فظاهر، وأما إذا لم يعلم فلأنه ما غره؛ لأنه حين أمره بالذبح كانت الشاة له.

١٠٨٤٧- فى "واقعات الناطفى": وفى "الأجناس" ابن سماعة عن أبى يوسف: إذا أمر الرجل غيره بذبح الشاة، وقد كان الآمر باعها، فذبحها المأمور، وهو يعلم بالبيع، فإن للمشترى أن يدفع الثمن، ويتبع الذابح، فيضمنه قيمتها، ولم يكن للذابح أن يرجع على الآمر. قال: ولو كان لا يعلم بالبيع، لم يكن للمشترى أن يضمنه القيمة، علل فقال: لأنه لو ضمنه كان له أن يرجع على الآمر، فكأنه هو فعل ذلك، فينتقض البيع.

---

(١) وفى نسخة "ظ": مع بدلا من مكان.

(٢) هكذا فى نسختى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و نسخة "ظ": شراه مكان نواه.

١٠٨٤٨- في "النوازل": سلم غنمه إلى راعي، فذبح شاة منها، فقال: ذبحتها وهي ميتة، وقال صاحب الغنم: ذبحتها وهي حية، فالقول قول الراعي؛ لأنه أنكر سبب الضمان، ولا يحل أكلها؛ لأنه لم يثبت المبيح وهو الذكاة.

١٠٨٤٩- وفيه أيضًا: اشترى أضحية، وأمر غيره بذبحها، فذبحها، وقال: تركت التسمية عمدا، ضمن الذابح قيمة الشاة؛ لأنه جعلها ميتة، فبعد ذلك ينظر إن كان أيام الذبح[1] قائمة يشترى بقيمتها أخرى، ويضحى بها، ويتصدق بلحمها، ولا يأكل، وإن لم تكن باقية تصدق بالقيمة على المساكين.

---

(١) وفي نسخة "ظ": أيام النحر.

الفصل الثامن
فيما يتعلق بالشركة فى الضحايا

١٠٨٥٠- الشاة لا تجزئ إلا عن واحد، وإن كانت عظيمة، والبقرة والبعير كل واحد منهما يجزئ عن سبعة، إذا كانوا يريدون بها وجه الله، اتفقت جهات القربة أو اختلفت.

وقال زفر: إن اختلفت جهات القرب، لا يجوز، وإن كان أحدهم يريد اللحم، لم يجز عن واحد منهم، والتقدير بالسبع يمنع الزيادة، ولا يمنع النقصان.

١٠٨٥١- وإذا اشترى الرجل بقراً أو بعيراً يريد أن يضحى بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة بعد ذلك، القياس أن لا يجزئهم، ويصير الكل لحمًا، وفى الاستحسان: يجزئهم؛ لأن البقرة قائم مقام سبع شياه، وكذلك البدنة، فصار[1] شراءها بنية الأضحية، كشرى سبع شياه، ومن اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم باع ستًّا منها، وضحى السابعة، وضحى المشترى بالست، جاز عن الكل، كذا ههنا.

فإذا جاز عنه وعن شركاءه، هل يلزمه الذبح بستة الأسباع التى باعها ما بقى الوقت والتصدق بقيمتها بعد فوات الوقت؟ لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب. قال شيخ الإسلام المعروف بـ" خواهر زاده رحمه الله تعالى": حكى عن مشايخ بلخ أنهم قالوا: عليه الذبح بستة أسباع بقرة مثل الأولى فى القيمة يشترى مع غيره فيذبح، أو يشترى ست شياه، ويذبح إن كانت قيمته مثل قيمة شتة أسباع البقرة، غنيًّا كان أو فقيراً. وهذا لما ذكرنا أن شراء البقرة بمنزلة شراء سبع شياه، ولو اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم باع ستًّا منها، فإنه يلزم الذبح بمثل ذلك، غنيًّا كان أو فقيراً ما بقى الوقت؛ لأن الغنى فيما زاد على شاة واحدة، ولا وجوب فيها، فالغنى والفقير سواء، والفقير إذا اشترى سبع شياه بنية الأضحية، وباع شيئًا منها، فإنه يشترى شيئًا مثلها، ويذبحها ما دام الوقت باقيًا، وإن مضى الوقت يتصدق بقيمتهن، كذا ههنا.

قال: ولو فعل ذلك قبل الشراء، كان أحسن؛ لأن الاشتراك بعد الشراء [خلف فى الوعد، وإنه حرام. وفى مناسك الحسن: لا يسعه أن يشركهم فى ما بعد الشراء][2] إلا أن يريد

---

(١) وفى نسخة "م": فكان مكان فصار.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

حين الشراء أن يشركهم فيها، فلا بأس بذلك.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا أرى بأسًا فيما إذا نوى حين اشترى أن يشركهم، ولا أحفظ فيه رواية عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، ولو لم ينو أن يشاركهم، ثم أشركهم، فقد كرهه أبوحنيفة رحمه الله تعالى، وهو قول أبى يوسف.

١٠٨٥٢- إذا كان الشركاء فى البدنة أو البقرة ثمانية، لا يجزئهم؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع. وكذلك إذا كان الشركاء أقل من الثمانية، إلا أن نصيب واحد منهم أقل من السبع بأن مات الرجل، وترك امرأة وابنًا وبقرة، فضحيا بها يوم العيد، لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع، فلم يجز نصيبها، ولم يجز نصيب الابن أيضًا.

١٠٨٥٣- وفى الأضاحى للزعفرانى: لو اشترك ثلاثة نفر فى بقرة على أن يدفع أحدهم أربع دنانير، والآخر ثلاثة دنانير، والآخر دينارًا، واشتروا بها بقرة على أن تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم، فضحوا بها، لم يجز؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع.

وإن كانت البقرة أو البدنة بين اثنين فضحيا بها، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لا يجزئهما؛ لأن لكل واحد منهم ثلاثة أسباع ونصف، سبع ونصف السبع لا يجوز فى الأضحية، فإذا لم يجز النصف[1]، لم يجز الباقى، وقال بعضهم: يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد برهان الأئمة، وهكذا ذكر الشيخ الفقيه محمد الحرمينى مسائله.

وصورة ما ذكر الفقيه الحرمينى إذا اشترك ثلاثة نفر فى بقرة على أن يدفع أحدهم ثلاثة دنانير ونصفا، وآخر دينارين ونصفا، وآخر دينارًا، فاشتروا بها بقرة على أن يكون البقر بينهم على قدر رأس مالهم، وضحوا بها، جازت الأضحية عنهم، لأحدهم ثلاثة أسباع ونصف سبع، ولأحدهم سبعان ونصف سبع، ولأحدهم سبع، ووجه ذلك أن نصف السبع وإن لم تكن أضحية، فهى قربة تبعًا للأضحية، فلا يصير لحمًا.

١٠٨٥٤- قال فى "الأصل": سبعة اشتركوا فى بقرة أو بدنة، ثم مات بعضهم قبل أن ينحروا، وقال ورثته: انحروها عنكم وعن فلان الميت، هل يجزئهم؟ القياس أن لايجزئهم، وفى الاستحسان [يجزئهم]. وعلى هذا القياس، والاستحسان [أن] أحد الشركاء إذا كان يضحى عن ولده الصغير أو عن أم ولده، وطريق [الجواز إن ذبح البقرة] عن سبعة بنية القربة بمنزلة ذبح سبع شياه؛ لأن جواز ذبح البقرة من سبعة من حيث إن البقرة أقيمت مقام

(١) وفى نسخة "م": لم يجز البعض.

سبع شياه وإراقة دمها أقيمت مقام سبع إراقات، لا من حيث إن كل واحد منهم صار مضحّيًا لجميع البقرة من حيث إن الإراقة لا تتجزأ؛ لأن الجواز عن السبعة ولو كان بهذا الطريق لما اقتصر الجواز عن السبعة.

ألا ترى أن القصاص لما وجب على[1] الجماعة بقتل الواحد من حيث إن كل واحد جعل قاتلا كملا؛ لأن الإراقة لا تتجزأ، وجب القصاص على أكثر من السبع إذا اشتركوا فى القتل، وإذا لم تجز البدنة عن أكثر من سبعة علم بطريق الجواز أن البدنة وإراقة دمها أقيمت مقام سبع شياه، وسبع إراقات. ولو اشترى سبعة نفر سبع شياه، كل واحد شاة، فضحى أحدهم بشاة عن ولده الصغير، أو عن أم ولده، أو عن الميت، لا تصير الشاة الست تطوعًا، كذا ههنا.

وليس كما نوى أحدهم اللحم، أو صار نصيب أحدهم لحما بأن كان أحد الشركاء كافرًا، فإنه مما لا يجوز عن الكل، ولا يجعل ذلك الإراقة من الكل بنية القربة فيما عدا ذلك، تكون العبرة للحقيقة، وإنها إراقة واحدة من حيث الحقيقة، فإذا صار البعض لحمًا، صار الباقى لحمًا. وذكر الزعفرانى هذه المسألة فى أضاحيه، وجعلها على وجهين: إما إن قال الورثة لباقى الشركاء: ضحوا بها عن الميت، وعن أنفسكم، أو لم يقولوا: شيئًا، وفى الوجهين جميعًا يجوز عند محمد رحمه الله تعالى، إلا أن فى الوجه الأول لا خيار للورثة، وفى الوجه الثانى لهم الخيار إن شاءوا أجازوا نصيبهم عن الميت، وإن شاءوا ضمنوا لهم، ويجوز عنهم فى الوجهين.

وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الميت أوجب على نفسه، فقد وجب شاءت الورثة أو أبت، وإن لم يوجب لا يجوز شاءت الورثة أو أبوا؛ لأنه لايرى الأضحية عن الميت ابتداء من غير أن يكون الميت أوجب على نفسه.

١٠٨٥٥- سبعة ضحوا بقرة وأرادوا أن يقتسموا اللحم بينهم، إن اقتسموها وزنا، لايجوز؛ لأن القسمة فيها معنى البيع، والبيع على هذا الوجه يجوز، وإن اقتسموها جزافًا، إن جعلوا مع اللحم شيئًا من السقط نحو الرأس والأكارع يجوز، وإن لم يجعلوا لا يجوز؛ لأن البيع على هذا الوجه لا يجوز[2]، فإن فعلوا مع هذا الوجه، وحللوا الفضل بعضهم لبعض، لم يجز.

فرق بين هذا وبين ما إذا باع رجل درهمًا بدرهم [وأحدهما] أكثر وزنًا، فحلل صاحبه

---

(١) وفى "ظ" و "م": عن الجماعة.

(٢) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": يجوز.

الآخر حيث يجوز، والفرق أن تحلل الفصل عنه هبة، ففى فضل اللحم حصلت الهبة فى مشاع يحتمل القسمة [وفى الفصل الثانى حصلت الهبة فى مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن الدرهم الواحد صحيح لا يحتمل القسمة][1]. وذكر فى مسائل الحوجينى إذا جعلوا اللحم والشحم سبعة أسهم، وقسموا بينهم جزافًا، جازت القسمة.

١٠٨٥٦- فى الأضاحى للزعفرانى: اشترى سبعة نفر سبع شياه بينهم أن يضحوا بها بينهم، ولم يسم لكل واحد منهم شاة بعينها فضحوا بها كذلك، فالقياس أن لايجوز، وفى الاستحسان: يجوز. فقوله: اشترى سبعة سبع شياه بينهم، يحتمل كل شاة بينهم، ويحتمل شرى سبع شياه على أن يكون لكل واحد منهم شاة، ولكن لا بعينها، فإن كان المراد هو الثانى، فما ذكر من الجواب باتفاق الروايات؛ لأن كل واحد منهم يصير مضحّيًا بشاة كاملة، وإن كان المراد هو الأول، فما ذكر من الجواب على إحدى الروايتين، فإن الغنم إذا كانت بين رجلين ضحيا بها، ذكر فى بعض المواضع: أنه لا يجوز.

١٠٨٥٧- وفى "النوازل": شاتان بين رجلين ذبحاهما عن نسكهما جاز، وهكذا ذكر القدورى رحمه الله تعالى فى آخر كتابه، فرق بين هذا، وبين عبدين بين رجلين، أعتقاهما عن كفارتهما، حيث لا يجوز؛ لأن الجبر على القسمة، يجزئ الشاة، فأمكن جمع كل واحد منهما فى شاة واحدة، ولا كذلك الرقيق.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من نسختى "ظ" و"م".

الفصل التاسع
فى المتفرقات

١٠٨٥٨- فى "النوازل" : رجل ضحى بشاتين، قال محمد بن سلمة : لا يكون الأضحية إلا بواحدة، وقال غيره من المشايخ : تكون الأضحية بها، وبه أخذ الصدر الشهيد فى "واقعاته"، روى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لا بأس بالأضحية بالشاة والشاتين، وقد صح أن رسول الله ﷺ كان يضحى كل سنة بشاتين، وضحى عام الحديبية بمائة بدنة[١].

١٠٨٥٩- فى "فتاوى الفضلى" : شاة ندت وتوحشت، فرماها صاحبها، ونوى الأضحية، فأصابها، أجزأه عن الأضحية ؛ لأنها لم تصر بمنزلة الوحوش بالند، ولو امتنع جواز أضحيته ههنا، امتنع لهذه الجهة.

اشترى شاتين للأضحية، فضاعت إحداهما، فضحى بالثانية، ثم وجدها فى أيام النحر، أو بعد أيام النحر، فلا شىء عليه، سواء كانت هى أرفع من التى ضحى بها، أو أدون منها.

ولو اشترى شاة للأضحية، ثم اشترى أخرى للأضحية، ثم ضاعت الأولى، فضحى بالثانية، ثم وجد الأولى، فإن كانت مثل الثانية، أو دونها، فلا شىء عليه، وإن كان أفضل، تصدق بفضل ما بينهما فى مسائل الحرمينى.

١٠٨٦٠- وفيها أيضًا : إذا قال : لله تعالى على أن أهدى بشاة، أو أضحى بشاة، فأهدى ببقرة، أو جزور، أو ضحى ببقرة، أو جزور، جاز؛ لأنه أدى أفضل مما التزم.

وفيها أيضًا : رجل ضحى بشاة تساوى تسعين، ورجل آخر ضحى ببقرة تساوى سبعين، ورجل آخر تصدق بمائة درهم، فأضحية صاحب الشاة أعلى من أضحية صاحب البقرة؛ لأن قيمة الشاة أكثر، والذى ضحى ببقرة أعظم أجرًا من الذى تصدق بمائة درهم.

١٠٨٦١- وفيها أيضًا : اشترى شاة للأضحية فى أيام النحر، وهو فقير، وضحى بها، ثم أيسر فى أيام النحر، قال الشيخ الفقيه أبو محمد الحرمينى : عليه أن يعيد، وغيره من المتأخرين قالوا : لا يعيد، وبه نأخذ.

---

(١) ذكره السيوطى فى "الجامع الصغير" (٦١١)، والمناوى فى "فيض القدير" (٥/ ٢٢٧).

وفيه أيضًا : أوصى بأن يضحى عنه، ولم يسم شيئًا، فهو جائز، ويقع ذلك عن الشاة؛ لأنها هى الأدنى؛ ولأنها هى المتعارف.

١٠٨٦٢- وإذا أوصى أن يشترى بجميع ماله بقرة، ويضحى بها عنه، فمات، ولم يجز الورثة، فالوصية جائزة فى قولهم جميعًا، ويشترى بالثلث شاة، ويضحى بها عنه.

ولو أوصى بأن يشترى بقرة بعشرين درهمًا، ويضحى بها عنه، ثم مات، وثلث ماله أقل من عشرين [درهمًا]، فإنه يضحى عنه على مذهبهما بما بلغت.

١٠٨٦٣- وإذا أوصى بأن يشترى له شاة بهذه العشرين درهمًا، ويضحى عنه، ثم مات، فضاع من الدراهم درهم واحد، لم يصح عنه بما بقى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، خلافًا لهما.

١٠٨٦٤- وإذا وكل إنسانًا بأن يشترى له شاة، واستأجر إنسانًا بأن يقودها بدرهم، لم يلزم الآمر من الكراء شىء.

وكله بأن يشترى به شاة للأضحية، فاعلم بأن الشاة اسم جنس يتناول الضأن والمعز جميعًا، وإن وكله إنسانًا يشترى له ضأنًا، فاشترى معزا، أو كان على العكس، لا يلزم الآمر؛ لأن كل واحد منهما اسم نوع آخر، فالضأن نوع يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر منه يسمى كبشًا، والأنثى منه تسمى نعجةً، والمعز نوع آخر يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر منها يسمى تيسًا، والأنثى يسمى عنزًا، وأحد النوعين لا يدخل تحت اسم النوع الآخر.

١٠٨٦٥- اشترى شاة، وضحى بها، ثم وجد عيبًا ينقصها، ولكن لا يخرجها عن حد الضحايا، فله أن يرجع بنقصان العيب على البائع، وإذا رجع ليس عليه أن يتصدق به؛ لأن الشاة المعيوبة جازت عن الأضحية، فليس عليه وراء ذلك. فإن قال البائع : أنا آخذها مذبوحة، فله ذلك، فإذا أخذها، ورد الثمن، فعلى المشترى أن يتصدق بما استرد من البائع، إلا [حصة][1] نقصان العيب، فإن نوى الثمن على البائع، فلا شىء عليه، وإن نوى البعض، ووصل إليه البعض، يتصدق منه بما كان من حصة الشاة، ولا يتصدق بقدر حصة نقصان العيب، حتى لو كان الثمن عشرة، ونقصان العيب درهم، يتصدق بتسعة أعشار ما وصل إليه من الثمن.

١٠٨٦٦- إذا ضحى بشاة، ثم غصبها رجل من المضحى، فعلى الغاصب قيمتها مذبوحة، وعلى المضحّى أن يتصدق بما يصل إليه من القيمة، وإن نوى القيمة على

---

(١) هكذا فى "م" و "ف"، وكان فى الأصل و "ظ" : حقيقة مكان حصة.

الغاصب، فلا شيء على المضحى. وإن أبرأه المضحى عن القيمة كلها، أو بعضها، وهو غنى أو فقير، يحتمل أن لا يكون عليه شيء؛ لأن فى الابتداء كان له أن يهب الأصل للغاصب، وإذا أخذ القيمة لا يجوز له أن يهبها لغيره؛ لأن بعد ما قبض القيمة، لزمه التصدق بها. وإن كان صالح الغاصب على أقل من قيمتها، ليس عليه أن يتصدق إلا بالقدر الذى وصل إليه، وإن صالح على شيء مأكول، أو على شيء من متاع البيت، يحتمل أن لا يجب عليه التصدق بذلك، بل يأكل المأكول، وينتفع بما كان من متاع البيت.

١٠٨٦٧- اشترى المعسر شاة، وأوجبها أضحية، فماتت فى أيام النحر، وخرج منها جنين حى، فالقياس أن يكون الجنين له، يعمل به مايريد، وفى الاستحسان: يتصدق.

١٠٨٦٨- وإذا وهب لرجل شاة، وضحى الموهوب له بها، ثم رجع الواهب فيها، ففى ظاهر الرواية عن أصحابنا صح رجوعه، وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يصح، وإذا صح الرجوع فى ظاهر الرواية، جازت الأضحية عن الموهوب له؛ لأن الرجوع من الواهب فيها بمنزلة هبة الموهوب له الشاة المذبوحة من الواهب، وليس على الواهب أن يتصدق بشيء.

فى "مجموع النوازل": أربعة نفر اشترى كل واحد منهم شاة، لونها وسمتها واحد، فحبسوها فى بيت، فلما أصبحوا وجدوا واحدة منها ماتت، ولا يدرى لمن هى؟ فإنه يباع هذه الأغنام جملة، ويشترى بثمنها أربع شياه كل واحد منهم شاة، ثم يوكل كل واحد منهم شاة صاحبه بذبح كل واحد منها، ويحلل كل واحد منهم صاحبه أيضًا، حتى يجوز عن الأضحية -والله أعلم-[1].

تم كتاب الأضحية من "المحيط" بحمد الله تعالى

---

(١) وفى "ظ": بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه، والحمد لله وحده، وصلى الله على من لا نبى بعده، وسلم تسليمًا كثيرًا، ويليه فى الجزء الذى بعده كتاب الوقف وهو الجزء الرابع.

كتاب الوقف

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا :

الفصل الأول : فى الألفاظ التى تجرى فى الوقف ، وما يتم به الوقف ، وما لا يتم .
الفصل الثانى : فيما يتعلق بجواز الوقف ، وصحته ، وشرائط صحته .
الفصل الثالث : فى بيان ما يجوز من الأوقاف ، وما لا يجوز ، وهو أنواع :
منها : فى تعليق الوقف بالشرط .
ومنها : فى أوقاف المنقول .
ومنها : فيما يدخل فى الوقف من غير ذكر خلاف .
ومنها : فى الأوقاف المضافة .
ومنها : وقف المحجور .
الفصل الرابع : فيما يتعلق بالشروط فى الوقف ، وهو أنواع .
الفصل الخامس : فى الإقرار بالوقف .
الفصل السادس : فى الولا ية فى الوقف .
الفصل السابع : فى تصرف القيم فى الأوقاف ، وهو نوعان : أحدهما : فيما يرجع إلى عمارة الوقف ، والآخر : فيما يرجع إلى العقود .
الفصل الثامن : فى الوقف على نفسه ، وما يتصل به .
الفصل التاسع : فى الوقف على ولده ، وولد ولده ، وبنيه ، ونسله ، ومايتصل بذلك .
الفصل العاشر : فى الوقف على فقراء قرابته .
الفصل الحادى عشر : فى الرجل يقف أرضه على قرابته ، فيجىء رجل ، فيدعى أنه من قرابته ، وفيه الوقف على أقرب الناس منه ، أو إليه .
الفصل الثانى عشر : فى الوقف على أهل البيت ، والآل ، والجيش ، والعقب ، والجيران ، وأشباه ذلك .
الفصل الثالث عشر : فى الرجل يقف أرضه على الفقراء ، فيحتاج أحد من ولده ، أو يحتاج

هو بنفسه .

الفصل الرابع عشر : فى الوقف على الموالى ، والمدبرات ، وأمهات الأولاد ، والمماليك .

الفصل الخامس عشر : فى وقف المريض .

الفصل السادس عشر : فى الرجل يقف أرضه على وجوه سماها ، كيف يقسم الغلة؟

الفصل السابع عشر : فى حق الرجل يقف أرضه على قوم ، فلا يقبلون ، أو يقبل بعضهم دون بعض ، أو يكون بعضهم حيًا وبعضهم ميتًا .

الفصل الثامن عشر : فى الرجل يقف على جماعة ، ثم يستثنى بعضهم نصفه خاصة ، وفى الرجل يقف على جماعة [موصوفين][1] بصفة ، فتزول تلك الصفة عن كلهم ، أو عن بعضهم .

الفصل التاسع عشر : فى المسائل التى تتعلق بالصك وما فيه .

الفصل العشرون : فى المسائل المتعلقة بالدعاوى والخصومات والشهادات فى باب الوقف ، وهو أنواع :

منها فى المسائل العائدة إلى الشهادة فى الوقف .

الفصل الحادى والعشرون : فى المساجد ، وهو أنواع .

الفصل الثانى والعشرون : فى المسائل العائدة إلى الرباطات ، والمقابر ، والخانات ، والحياض ، والطرق ، والسقايات .

الفصل الثالث والعشرون : فى المسائل العائدة إلى الأشجار التى فى المقابر ، وفى أراضى الوقف ، وغير ذلك .

الفصل الرابع والعشرون : فى الأوقاف التى يستغنى عنها ، وما يتصل به من صرف غلة الأوقاف إلى وجوه أُخر .

الفصل الخامس والعشرون : فى وقف الكفار .

الفصل السادس والعشرون : فى المتفرقات .

---

(١) وفى نسخة "ف" : معروفين .

الفصل الأول
فى الألفاظ التى تجرى فى الوقف
وما يتم به الوقف، وما لا يتم

١٠٨٦٩- إذا قال : أرضى هذه [صدقة] محررة مؤبدة، حال حياتى، أو بعد وفاتى، أو قال : أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة فى [حال] حياتى، وبعد وفاتى، أو قال : أرضى هذه صدقة محبوسة مؤبدة، أو حبيسة مؤبدة حال حياتى، وبعد وفاتى، تصير وقفًا جائزًا لازمًا على الفقراء عند الكل، ولو لم يقل : حال حياتى، وبعد وفاتى، فالمسألة على الخلاف بين أبى حنيفة رحمه الله تعالى وصاحبيه، على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

١٠٨٧٠- ولو قال : أرضى هذه صدقة موقوفة، أو قال : صدقة محبوسة، أو قال : حبيسة، ولم يقل : أو حبيسة مؤبدة، فإنه يصير وقفًا فى قول عامة من يجيز الوقف، وقال الخصاف وأهل البصرة : بأنه لا يصير وقفًا . ولو قال : أرضى هذه صدقة موقوفة على المساكين، يصير وقفًا بالإجماع . وذهبوا فى ذلك إلى [أن] جواز الوقف معلق بالتأبيد، لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، وما يكون معلقًا بالتأبيد، لا يكون إلا بذكر التأبيد؛ لأنهم لا ينقطعون أبدًا .

وجه قول العامة : إن التأبيد كما يثبت بذكر المساكين، يثبت بذكر الصدقة؛ لأن الصدقة تثبت مؤبدة؛ لأنها لا تحتمل الفسخ .

١٠٨٧١- ولو قال : أرضى هذه موقوفة، أو قال : دارى هذه موقوفة، أو قال : وقفت أرضى هذه، أو قال : دارى هذه، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : يكون وقفًا، وقال محمد وهلال : لا يكون وقفًا، وكذلك على قول الخصاف وأهل البصرة : لا يكون وقفًا؛ لأنه لما لم يصر وقفًا فى المسألة الأولى عندهم، وقد جمع بين الصدقة والموقوفة؛ فلأن [لا] يصير وقفًا هنا، كان أولى . وجه قول محمد : أن قوله : وقفت أرضى، يحتمل وقفها على الفقراء، فيكون وقفًا تامًا، ويحتمل وقفها على الأغنياء، فلا يكون وقفًا بالشك .

وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول : العرف الظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا الوقف على الفقراء، وكان مشايخ بلخ يفتون بقول أبى يوسف . قال الصدر الشهيد فى "واقعاته" : ونحن نفتى به أيضًا .

وكذلك إذا قال: أرضي هذه حرمتها، أو قال: حبستها، أو قال: هي محرمة محبوسة، أو قال: حبيسة، فهو على هذا الخلاف أيضًا، وكذلك إذا قال: أرضي هذه موقوفة محرمة حبيسة محرمة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، فهو على هذا الخلاف.

١٠٨٧٢- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، أو قال: أرضي هذه وقف صدقة، أو قال: أرضي هذه صدقة محرمة، أو قال: محرمة صدقة، أو قال: محبوسة صدقة، أو قال: صدقة محبوسة، فهي وقف بلا خلاف. هذا إذا لم يعين إنسانًا [فأما إذا] عين، بأن قال: وقفت أرضي هذه على فلان، أو قال: [داري هذه موقوفة على فلان، أو قال: على] ولدي فلان، أو قال: على قرابتي، وهم يحصون، لا يجوز.

فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا لم يعني إنسانًا، والفرق: أنه إذا لم يعني إنسانًا، فالجواز باعتبار أنه وقف على الفقراء ظاهرًا بحكم العرف، وإذا عين إنسانًا لا يمكن أن يجعل وقفًا على الفقراء، .

كذا إذا عين إنسانًا، وذكر لفظ الوقف مفردًا، أما إذا ذكر معه لفظة الصدقة، بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان، أو قال: على ولدي، كان وقفًا، والغلة لفلان ما دام حيًا، وإذا مات هو يصرف الغلة إلى الفقراء؛ لأنه لما نص على الصدقة، والصدقة لا تكون إلا على الفقراء، كان هذا وقفًا على الفقراء، وكان ذكر فلان لتخصيصية بالغلة في الباب الأول من الوقعات.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا عين إنسانًا، أو قال: وقفت أرضي لك هذه، هي وقف لك، حبستها لك، حبيس لك، فهو تمليك منه، يتم بالتسليم إليه.

وفي شروط محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى: قال أبو يوسف: جاز الوقف على رجل بعينه، وإذا مات الموقوف عليه، يرجع إلى ورثة الواقف.

وفي "البرامكة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: يجوز الوقف على رجل بعينه.

١٠٨٧٣- وإذا مات الموقوف عليه، يرجع إلى المساكين. فصار في رجوع الوقف إلى الواقف، أو ورثة الموقوف عليه روايتان عنه، وكل ذلك يدل على جواز الوقف على رجل بعينه. وفي وقف الخصاف: إذا قال: جعلت هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان، وولده، وولد ولده، وأولادهم[1]، فإذا سمى من ذلك ثلاثة بطون، فهو وقف مؤبدًا إلى يوم القيامة. قال ثمه أيضًا: وقال أبو يوسف: إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبدًا على

(١) وفي "ف": وأولاد أولادهم.

فلان، وولده، وولد ولده، فهو جائز، كقوله: أبدًا.

وفى "المنتقى": قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا جعل أرضًا له صدقة موقوفة على فلان، وولده، جاز ما داموا أحياء، فإذا انقرضوا، رجعت إلى صاحبها، إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا، قال: وليس هذا نظير قوله: أرضى صدقة موقوفة ينفق من غلتها على فلان؛ لأنه إذا قال: هى صدقة موقوفة على فلان، فإنما أوجبها له خاصة، وإذا قال: هى صدقة موقوفة، ولم يقل: على فلان، فإنما أوجبها للفقراء، فإذا استثنى أن ينفق من غلتها، فإنما استثنى من صدقة أمضيت. فما ذكر فى "المنتقى" يخالف ما ذكر فى "الواقعات" وذكر هذه المسألة فى "المنتقى" مرة أخرى على نحو ما ذكر فى "الواقعات".

١٠٨٧٤- وفى وقف هلال: إذا قال: أرضى هذه موقوفة لله تعالى أبدًا، كان وقفًا صحيحًا على المساكين؛ لأن معنى كلامه: أرضى صدقة أبدًا؛ لأن الوقف لله تعالى لا يكون إلا وقف الأصل، ليتصدق بالغلة، وكذلك إذا قال: موقوفة لله من غير ذكر الأبد، وكذلك إذا قال: موقوفة لوجه الله، أو قال: لطلب ثواب الله.

إذا قال: أرضى هذه صدقة، أو قال: جعلت أرضى هذه صدقة، كان هذا نذرًا بالتصدق، فينبغى أن يتصدق بعينها، أو يبيعها ويتصدق بثمنها.

ذكر هلال فى وقفه عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا قال: جعلت أرضى هذه للفقراء، إن كان هذا فى تعارفهم وقفًا، كان وقفًا، وإن لم يكن فى تعارفهم وقفًا، يسأل عنه ما ذا أراد بقوله: جعلتها للفقراء؟ إن قال: أردت أن يكون وقفًا على الفقراء يكون وقفًا على الفقراء؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وإن أراد به الصدقة، أو لم يكن له نية، فهو نذر بالتصدق، أما إذا نوى الصدقة، فلأنه نوى ما يحتمله لفظه، وأما إذا لم ينو، فلأن هذا أدنى، فكان إثباته أولى عند الاحتمال، ومتى صار نذرًا، كان عليه أن يتصدق بثمنها، أو بقيمتها، كما لو نص عليه.

١٠٨٧٥- وإذا قال: أرضى هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، فإن كان هذا الرجل من قوم هذا اللفظ فى متعارفهم وقف، فهو وقف، وإن لم يكن من قوم تعارفهم أن هذا وقف، يسأل عنه، إن أراد [به] الوقف، فهو وقف، وإن أراد به الصدقة، فهو صدقة، فيتصدق بعينها، أو بثمنها. وذكرنا فى المسألة المتقدمة وهو ما إذا قال: جعلت أرضى هذه للفقراء، أو لم ينو شيئًا أنه يكون نذرًا، ولا فرق بينهما؛ لأنه إذا صار نذرًا، فإذا مات، يصير ميراثًا عنه، هذه الجملة فى الباب الأول من "الواقعات".

وفى هذا الموضع أيضًا: إذا قال: ضيعتى هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، لم يصر وقفًا إلا إذا كان القائل فى ناحية يفهم أهل تلك الناحية بها الوقف المؤبد بشرائطه؛ لأن المطلق ينصرف إلى المتفاهم، فيصير كالتصريح بالوقف.

١٠٨٧٦- وفى هذا الموضع أيضًا: إذا قال: اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزًا، وفرقوا على المساكين، صارت الدار وقفًا؛ لأن هذا اللفظ يؤدى معنى الوقف، فصار كما لو قال: وقفت دارى هذه بعد موتى على المساكين.

١٠٨٧٧- وفيه أيضًا: رجل قال فى مرضه: جعلت نزل كرمى وقفًا، وكان فيه ثمرًا، أو لم يكن، صار الكرم وقفًا، وهذا لأن النزل لا يصير وقفًا إلا بوقف الكرم، فصار قوله: وقفت نزل كرمى بمنزله قوله: وقفت كرمى بما فيه من النزل، وكذلك لو قال: جعلت غلة كرمى وقفًا.

١٠٨٧٨- وفى وقف هلال: إذا أوصى بأن يوقف ثلث أرضه بعد وفاته لله تعالى أبدًا، كان وصية بالوقف على الفقراء؛ لأن الوقف لله تعالى يكون وقفًا على المساكين، فالأمر بالوقف لله تعالى يكون أمرًا بالوقف على المساكين.

١٠٨٧٩- وفيه أيضًا: إذا قال: أرضى هذه موقوفة على وجوه البر، أو على وجوه الخير، فهو وقف صحيح على المساكين؛ لأن البر عبارة عن الصدقة، قال الله تعالى: ﴿أن تَبَرّوهُم﴾[1] والخير والبر بمعنى واحد، فصار تقدير كلامه: أرضى هذه صدقة موقوفة - والله أعلم-.

---

(١) سورة الممتحنة: الآية ٦٠.

الفصل الثانى
فيما يتعلق بجواز الوقف وصحته، وشرائط صحته

١٠٨٨٠- وذكر فى ظاهر الرواية: أن شرط جواز الوقف عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية، حتى لو لم يضف إلى ما بعد الموت، ولم يوص به، لم يصح.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: هذا ليس بشرط، حتى يمنع من بيعه، ولايورث عنه متى مات، وحاصل الخلاف راجع إلى تقدير أن الوقف ما ذا؟ قال أبوحنيفة رضى الله تعالى عنه: تقديره: حبست العين على ملكى، وتصدقت بثمرته على المساكين، فلا يصح إذا كانت الثمرة معدومة إلا بطريق الوصية، وعلى قولهما تقدير الوقف: أزلت العين عن ملكى إلى الله تعالى، وجعلته محبوسًا فى ملكه ومنفعته للعباد، وهذا صحيح، وإن لم يكن موصى به كما فى المسجد.

قال شمس الأئمة السرخسى: الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ليست بشرط للجواز، فإن الوقف جائز عنده بدون ذلك، لكنه غير لازم، وإنما يصير لازمًا بالإضافة إلى ما بعد الموت، أو بالوصية، وهذا لأن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه يجعل الواقف حابسًا للعين على ملكه صارفاً لمنفعته إلى الجهة التى سماها، فيكون بمنزلة العارية، والعارية جائزة غير لازمة.

ومعنى الجواز: جواز صرف الغلة إلى تلك الجهة [وتفسير] الوصية به أن يقول: جعلت أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة، وأوصيت به بعد موتى، فإذا قال ذلك: يكون لازمًا حتى لايملك بيعه قبل الموت، ولا يورث عنه.

وذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير": إذا أضافه إلى ما بعد الموت يصح عند أبى حنيفة رضى الله تعالى بطريق الوصية بغلة داره لإنسان أو غلة أرضه، أو يوصى بذلك للفقراء، وهو كالوصية بالعين.

١٠٨٨١- وذكر [الطحاوى[١]] رحمه الله تعالى: أن الوقف المباشر فى مرض الموت عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه كالمضاف إلى ما بعد الموت، حتى إن الوقف المباشر فى

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: شيخ الإسلام.

مرض الموت يقع لازمًا جائزًا على ما ذكر الطحاوى. قال شمس الأئمة السرخسى: الصحيح أن المباشر فى مرض الموت عنده كالمباشر فى الصحة، حتى لايجوز فى "ظاهر الرواية" من غير الوصية، أو الإضافة إلى ما بعد الموت، وحتى لا يلزم على ما ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى، وذكر شيخ الإسلام: أن الوقف المباشر فى مرض الموت إذا لم يكن مضافًا إلى ما بعد الموت عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه روايتان، وجه الرواية التى قال: لا يجوز أنه لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت حقيقة فلا يجوز، كما لو وقف فى حالة الصحّة، لم يضف إلى ما بعد الموت، وجه الرواية الأخرى: أن تصرفات المريض كالمضاف إلى ما بعد الموت، ألا ترى أن تبرعاته تعتبر من الثلث، فوجدت الإضافة إلى ما بعد الموت اعتبارًا.

١٠٨٨٢- قال محمد رحمه الله تعالى: التسليم إلى المتولى شرط صحة الوقف، حتى إن على قوله: لو لم يسلم الوقف إلى المتولى، لا يزول عن ملكه، وله أن يرجع فى ذلك، وإذا مات يورث عنه.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: التسليم إلى المتولى ليس بشرط، ويكتفى فيه بالإشهاد، وجه قول أبى يوسف أن الوقف تبرع، شرع لإبطال ملك الواقف عن العين، لا للتملك، فيصح من غير قبض، قياسًا على الإعتاق، بيانه: أن التمليك من الله لا يتحقق من جهتنا مقصودًا؛ لأن ما فى أيدينا ملك الله تعالى [على الحقيقة ولنا فيه ملك التصرف، إنما البناء إبطال ملك التصرف لا التملك من الله][1]، والتقريب ما مر، بخلاف الصدقة المتقدمة، حيث لا تصح بدون القبض؛ لأن ما يثبت لله تعالى من الحق فى الصدقة، يثبت فى ضمن التمليك من الفقراء؛ لأن التمليك منه مقصود لما يثبت لله تعالى فى ضمنه، يثبت على سبيل التمليك، وإن كان التمليك منه لا يتحقق ضرورة أن ما يثبت فى ضمن الشيء يكون حكمه حكم ذلك الشيء، فأما فى الوقف ما يثبت لله تعالى من الحق يثبت مقصودًا لا فى ضمن التمليك من العباد، فإن العين الموقوف لا يصير ملكًا للعباد، والتمليك من الله تعالى مقصودًا من العبد لا يتحقق.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة محوزة»[2] من غير فصل، والمعنى فيه أن الوقف إزالة الملك بطريق التبرع، فتمامه

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

(٢) أخرجه محمد فى "كتاب الآثار" (٧٤٩ و٧٥٠ و٧٥١)، والشافعى فى "الأم" (٤/ ٦٣ و٦/ ٢٣١ و٧/ ١١٤-١١٥).

يكون بالتسليم، كما في الصدقة؛ وهذا لأنه لو تم قبل التسليم، فيلزمه التسليم، فيؤدى إلى أن يصير تبرعه سببا للزوم ما لم يتبرع به.

١٠٨٨٣- وكذلك التأبيد شرط عند محمد رحمه الله تعالى، حتى لو وقف على جهة يتوهم انقطاعها، بأن وقف على أولاده، وأولاد أولاده، لم يجعل آخره للفقراء، لا يصح الوقف عند محمد، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: التأبيد ليس بشرط، حتى إن في هذه المسألة يصح الوقف عنده. وإذا ماتوا، وانقرضوا، يعود إلى ملكه إن كان حيّا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا، والخلاف على هذا الوجه مذكور في شرح "الطحاوي"، وفي شرح شمس الأئمة السرخسي. وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في آخر كتاب الوقف: أن الوقف الموقت باطل، ولم يذكر فيه خلافًا، فيحمل ذلك على أنه قول محمد، وإن كان الوفاق، فهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، فقد روى الحسن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن الوقف الموقت باطل.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: الاختلاف أن التأبيد شرط صحة الوقف، وإنما الخلاف في تلك المسألة في شيء آخر، أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يثبت التأبيد بنفس الوقف من غير اقتران شيء آخر به، وعند محمد لا يثبت التأبيد بنفس الوقف [ما لم تجعل آخره للمساكين، أو الفقراء، ولما كان من مذهب أبي يوسف أن التأبيد يثبت بنفس الوقف][1]، فإذا مات أولاده، وانقرضوا، حينئذٍ تصرف الغلة إلى الفقراء، وهذا القائل يقول: ما ذكر في شرح الطحاوي، وفي "شرح شمس الأئمة السرخسي": أنه إذا مات أولاده يعود إلى ملكه، خطأ.

١٠٨٨٤- وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا وقف أرضه على ذي الحاجة من ولده، وولد ولده ما تناسلوا [بذلك][2] أبدًا، فذلك جائز، ولو وقفها على فقراء ولده، ولم يجعلها لفقراء السبيل منهم، لم يجز.

١٠٨٨٥- قال: ليس يجوز من الوقف إلا الوقف المؤبد، فإذا كان لقوم خاص، لايجوز الوقف عليهم؛ لأنه ينقطع، فهنا تنصيص من أبي يوسف: أن التأبيد شرط.

وفيه أيضًا: عنه لو وقف على فقراء ولده، وأهل بيته، ونسلهم ما تناسلوا، فهو جائز، فإن انقرضوا، ولم يكن استثنى أنه لفقراء المسلمين، فإنه يرد على فقراء المسلمين، قال: من

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

(٢) هكذا في "ف".

قبل أن أصلها صدقة على ذوى الحاجة، وقد أجزنا أولها، وكان الوقف فى ذلك على الأبد، قال: وليس هذا كالوقف على ولده، ولا يذكر النسل؛ لأن الوقف على الولد ليس بوقف على الأبد، وإذا ذكر النسل فهو وقف أبدًا.

وكذلك لو وقفه على نفس واحدة ونسله، فالواحد فيه والجماعة سواء. وعن الحسن عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيما إذا وقف على ولده ونسله، أو على أولاده وأولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا، قول آخر ما سوى ما ذكرنا، وهو أنه إذا أمكن أن يتعرضوا لم يجز الوقف.

١٠٨٨٦- وإذا وقف نصف داره، أو نصف أرضه على الفقراء، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: يجوز، وعلى قول محمد: لا يجوز.

١٠٨٨٧- واعلم بأن الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف، ألا ترى أنه لو وقف نصف الحمام يجوز وإن كان مشاعًا؛ لأنه لا يحتمل القسمة، فصار كهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة.

وأما الشيوع فيما يحتمل القسمة، هل يمنع صحة الوقف؟ ففيه خلاف، على قول محمد: [يمنع]، وعلى قول أبى يوسف: [لا يمنع]، وهذه المسألة فى الحاصل بناء على أن القسمة فيما يحتمل القسمة من تمام القبض، وأصل القبض عند أبى يوسف رحمه الله تعالى فيما يحتمل القسمة [ليس بشرط، فكذا] إتمامه لا يكون شرطًا، وعند محمد أصل القبض فيما يحتمل القسمة شرط، فكذا ما يتم به القبض.

١٠٨٨٨- ولو وقف جميع أرضه، أو داره، ثم استحق نصفه، أو ربعه، أو ما أشبهه شائعًا، بطل الوقف فيما بقى عند محمد رحمه الله تعالى؛ لأن بالاستحقاق تبين أن ما أوقفه الواقف كان مشاعًا، ووقف المشاع فيما يحتمل القسمة عنده باطل. وهذا بخلاف ما لو استحق شىء منه بعينه، حيث لا يبطل الوقف فى الباقى؛ لأن هناك لا يتعين الشيوع فى الباقى؛ لأن المستحق يميز مما بقى، فهو بمنزلة ما لو وقف دارين، فاستحق أحدهما. ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف رحمه الله تعالى فى وقف المشاع، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد.

١٠٨٨٩- ذكر فى "فتاوى أبى الليث" تفريعًا على قول أبى يوسف: فقال: إذا كان الأرض بين شريكين، وقف أحدهما نصيبه مشاعًا، ثم اقتسما، فوقع نصيب الواقف فى موضع آخر، لا يجب عليه أن يقف ثانيًا؛ لأن بالقسمة يتعين الموقوف، وإن أراد الاجتناب عن الخلاف، يقف ثانيًا.

١٠٨٩٠- هذا إذا كانت الأرض مشتركة، وإن كانت الأرض كلها له، فوقف

بعضها، ثم أراد القسمة، فالوجه فى ذلك أن يبيع ما بقى، ثم يقسمان؛ لأن القسمة إنما تجرى بين اثنين، وإن لم يبع، ورفع إلى القاضى ليأمر إنسانًا بالقسمة، فإن قضى القاضى رجلا بالقسمة معه جاز؛ لأن هنا القسمة جرت بين اثنين، وإذا قضى القاضى بجواز وقف المشاع، نفذ قضاءه، ويصير متفقًا عليه، كما فى سائر المختلفات، فإن طلب بعضهم القسمة، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: لايقسم ويتهايئون، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يقسم، وأجمعوا أن الكل لو كان موقوفا على الأرباب، فأرادوا القسمة لا يقسم فى "واقعات الناطفى" وفى "فتاوى أبى الليث" أيضًا.

١٠٨٩١- وصورة ما ذكر فى "فتاوى أبى الليث": رجل وقف ضيعة على بنيه، وأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة، قال: قسمة الوقف لا يجوز من أحد، وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقدا مزارعة، وإنما ذلك إلى القيم.

١٠٨٩٢- وإذا كانت الأرض بين رجلين، فتصدقا بها صدقة موقوفة على الفقراء، ودفعاها إلى من يقوم بها، كان ذلك جائزًا؛ لأن مثله فى الصدقة النافلة يجوز، ففى الموقوفة أولى.

١٠٨٩٣- وإن تصدق كل واحد منهما بنصفها مشاعًا على حدة صدقة موقوفة، وسلم كل واحد منهما نصفها إلى والى على حدة، لم يجز، وإن تصدق كل واحد منهما بنصفه على حدة صدقة موقوفة، وجعل الوالى على ذلك رجلا واحد، أو سلما إليه جميعًا، جاز.

١٠٨٩٤- ولو تصدق الواحد بجميع الدار على واحد، [وسلم] النصف مشاعًا، ثم سلم الباقى، جاز.

وإنما جاز الفرق؛ لأن العبرة فى صحة الهبة وفساهدها فى الشائع لتمكن الشيوع وعدمه فى القبض وقت ثبوت الحكم، لا فى العقد، كما فى الصدقة المنفذة، وفى المسألة الأخيرة لم يتمكن الشيوع وعدمه فى القبض وقت ثبوت الحكم؛ لأن الحكم إنما يثبت بقبض جميع المعقود عليه، وما قبض بعض المعقود عليه؛ لأن العقد على الكل كان واحدًا، فكان تمكن الشيوع فى القبض، ولم يكن [الحال حال][1] ثبوت الحكم ليتمكن الشيوع حالة العقد، وذلك ليس بتابع، وفى المسألة المتقدمة تمكن الشيوع فى القبض وقت ثبوت الحكم؛ لأن نصيب كل واحد منهما جميع المعقود عليه؛ لأنه تفرق العقد بينهما.

١٠٨٩٥- وإذا كانت الأرض بين رجلين، تصدقا بها على الفقراء صدقة واحدة،

(١) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": ولم يكن المال ثبوت الحكم.

وجعل كل واحد منهما واليًا، فهذا على وجهين: إن جعل كل واحد منهما واليًا ليقبض نصيبه ونصيب صاحبه بأن قال كل واحد منهما لواليه: وليتك قبض هذه الأرض، يجوز، وإن جعل كل واحد منهما واليًا ليقبض نصيبه لاغير لا يجوز؛ لأن فى الوجه الأول لم يتمكن الشيوع فى القبض حال ثبوت الحكم.

١٠٨٩٦- وذكر الخصاف فى وقفه تفريعًا على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: فقال: أرض بين رجلين، وقف أحدهما حصته منها، وهو النصف، فله أن يقاسم شريكه، فيفرز حصة الوقف؛ لأن ولاية الوقف إليه، وإن كان الواقف قد مات، فلوصيه أن يقاسم الشريك، ويفرز حصة الوقف.

١٠٨٩٧- ولو أن رجلين كانت بينهما أرض، فوقف كل واحد منهما حصته على قوم معلومين، فهو جائز، ولهما أن يقسما هذه الأرض، فيفرز كل واحد منهما حصته التى وقفها، وإن كانا وقفاها جميعًا على وجوه سمّياها، ثم أرادا قسمتها، فلهما ذلك، ويفرز كل واحد منهما ما وقف، ويكون فى يده ما يتولاها، ولو أن رجلا وقف جميع أرضه، ثم استحق نصفها شائعًا وقضى القاضى للمستحق بالنصف، وبقى النصف الباقى وقفًا على حاله عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، كان للواقف أن يقاسم المستحق، فيفرز [حصة] الوقف.

١٠٨٩٨- ولو وقف من داره أو أرضه ألف ذراع، جاز عند أبى يوسف؛ لأنه يجيز ذلك فى البيع، ففى الوقف أولى، ثم يذرع الأرض والدار، فإن كانت ألف ذراع، أو أقل، كان كلها وقفًا، وإن كانت ألفى ذراع، كان الوقف منها النصف، وإن كانت ألفا وخمسمائة، كان الوقف منها الثلثان، وإن كان فى بعضها نخيل و[فى] بعضها لا نخيل فيها، يكون للواقف حصة من النخيل.

١٠٨٩٩- رجلان بينهما أرض ودور، وقف أحدهما نصيبه من الأرضين والدور، ثم أراد الواقف أن يقاسم شريكه، فله ذلك، ويقسم كل أرض وكل دار على حدة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الأصلح للوقف أن يجمع بين ذلك جمع إذا كانت الأرض من أراضى قرية واحدة، وليس للواقف أن يأخذ دراهم من الشريك بفضل ما يصير إليه فى القسمة؛ لأنه بيع، وإن أعطى الواقف شريكه دراهم بفضل ما صار فى يده، جاز، ويكون حصة ما دفع من الدراهم مطلقًا له.

١٠٩٠٠- فى "فتاوى الفضلى": امرأة وقفت منزلا فى مرضها على بناتها، ثم بعدهن على أولادهن وأولاد أولادهن أبدًا ما تناسلوا، فإذا انقرضوا للفقراء، ثم ماتت من مرضها،

وخلفت من الورثة ابنتين وأختًا، والأخت لا ترضى بما صنعت، ولا مال لها سوى المنزل، جاز الوقف في الثلث، ولم يجز في الثلثين، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم، ويوقف الثالث، فما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ما عاشت الابنتان، فإذا ماتتا، صرفت الغلة إلى أولادهما، وأولاد أولادهما كما شرطت الواقفة، لا حق للورثة في ذلك؛ لأن ذلك الوقف وصية بالغلة بين الابنتين وأولادهما ما تناسلوا، فإذا لم تجز الأخت، بطلت الوصية للابنتين، وجازت لأولادهما؛ لأن بطلان هذه الوصية من حيث إنها للوارث، إلا أن الوصية لأولادهما وأولاد أولادهما بعد موتهما.

قال الصدر الشهيد في "واقعاته": وهذا التفريع يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن وقف المشاع جائز، أما لا يتأتى على قول محمد، وعندي أن هذا التفريع على قول الكل؛ لأن حق الورثة إنما يثبت بعد الموت، فإبطالهم في القدر الذي أبطلوا يقتصر على هذه الحالة، ولا يتبين أن ابتداء الوقف في الجزء الشائع، بل يكون هذا شيوعًا طارئًا، وسيأتي بيان ذلك في كتاب الهبة -إن شاء الله تعالى-.

١٠٩٠١- في "فتاوى أبي الليث": رجل وقف دارًا له في مرضه على ثلاث بنات له، وليس له وارث غيرهن، قال: الثلث من الدار وقف، والثلثان مطلق لهن، يصنعن بها ما شئن، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا إذا لم يجزن الوقف، فأما إذا أجزن، صار الكل وقفًا عليهن.

قال الصدر الشهيد في "واقعاته": هذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، بناء على أن وقف المشاع عنده صحيح، وعندي أن هذا التفريع على قول الكل، على ما بينا -والله أعلم-.

الفصل الثالث
فى بيان ما يجوز من الأوقاف وما لا يجوز

١٠٩٠٢- قال هلال فى "وقفه": وقف أرض الجور لا يجوز، وتفسير أرض الجور: الأرض التى حيزت لبيت المال، بأن لا يقدر صاحبها على زراعتها، وأداء خراجها، فدفعها إلى الإمام لتكون منافعها جبراً للخراج. وإذا عرفت تفسير الجور، فنقول: إن كان الإمام وقف هذه الأرض لا يجوز؛ لأنه لا يملكها، وإن وقفها صاحب الجور، وهو المالك، يجوز؛ لأن الجور لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه متى قدر على زراعتها، وطلب من الإمام أن يردها عليه، ردها عليه.

١٠٩٠٣- ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى أول شرح كتاب الوقف: أن الوقف على أقرباء الرسول ﷺ جائز، وإن كانت الصدقة لا تحل لهم.

وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه يجوز صرف صدقات الوقف إلى هاشمى إذا سمى فى الوقف، وهو دليل جواز الوقف.

وفى "الجامع الأصغر": أن الوقف على أهل بيت رسول الله ﷺ لا يجوز، كالصدقة، قال ثمه: وفى الصدقات الفريضة والتطوع [سواء، وفى "شرح القدورى": أن الصدقة الواجبة كالزكاة والعشور والنذور والكفارات لا تجوز، فأما الصدقة على وجه الصلة والتطوع][١]، فلا بأس به، فصار فى الوقف روايتان، وفى صدقة التطوع روايتان أيضاً.

[ولو قال: مالى لأهل بيت النبى عليه الصلاة والسلام، وهم يحصون يجوز، وينصرف إلى أولاد فاطمة رضى الله عنها][٢].

١٠٩٠٤- فى "فتاوى أبى الليث": إذا وقف داره على فقراء مكة، أو على فقراء قرية، إن كان الوقف فى حياته وصحته، والفقراء [يحصون] لا يجوز هذا الوقف؛ لأن الوقف لايجوز إلا مؤبداً، وهذا لم يقع مؤبداً، لجواز أنهم يموتون، فينقطع الوقف، وإن كان الفقراء لا يحصون، جاز الوقف؛ لأنه وقف مؤبداً، وإن كان الوقف بعد موته، يجوز، سواء كانوا يحصون أولا يحصون، أما إذا كانوا لايحصون؛ لأنه وقع مؤبداً، وأما إذا كانوا يحصون؛

---

(١) هكذا فى "ف" و"م" و"ظ".

(٢) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى فى أيدينا.

فلأنه إن تعذر تجويزه وقفًا أمكن تجويزه وصية، والوصية لقوم يحصون تجوز، حتى إذا انقرضوا صار ميراثًا عنهم.

١٠٩٠٥- قال الصدر الشهيد في "واقعاته": يبنى على هذه المسألة مسألة أخرى: رجل قال: وقفت ضيعتي هذه على فقراء قرابتي، أو على فقراء قريتي، وجعل آخره للمسلمين، حتى جاز، سواء كانوا يحصون أولا يحصون، فأراد القيم أن يفضل بعضهم على البعض، فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما إن كان فقراء قرابته وقريته لا يحصون [أو يحصون، أو أحد الفرقين يحصون، والفريق الآخر لايحصون][1]، ففي الوجه الأول للقيم أن يجعل نصف الغلة لفقراء القرابة، ونصفها لفقراء القرية، ثم يعطي من كل فريق من شاء منهم، ويفضل البعض على البعض كما شاء؛ لأن قصده الصدقة، وفي الصدقة الحكم كذلك.

وفي الوجه الثاني: تصرف الغلة إلى الفريقين بعددهم، ليس له أن يفضل البعض على البعض؛ لأن قصده الوصية، وفي الوصية الحكم كذلك.

وفي الوجه الثالث: يجعل الغلة بين الفريقين أولا، فينصرف إلى الذين يحصون بعددهم، وإلى الذين لا يحصون سهم واحد؛ لأن الذين يحصون لهم وصية، والذين لايحصون لهم صدقة، والمستحق للصدقة واحد، ثم يعطى هذا السهم من الذين لايحصون من شاء، ويفضل البعض على البعض في هذا السهم كما شاء.

وهذا التفريع يتأتى على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن الفقراء عندهما اسم جنس، أما لا يتأتى على قول محمد؛ لأن الفقراء عنده اسم جمع، أصل هذا الاختلاف كتاب الوصايا.

١٠٩٠٦- ذكر الخصاف في باب الوقف الذي لا يجوز، إذا قال: أرضي صدقة موقوفة أبدًا لله تعالى على الناس، فالوقف باطل، والأرض على ملك الواقف، وكذلك إذا قال: على بني آدم، أو قال: على أهل بغداد، فإذا انقرضوا فهو على المساكين، فالوقف باطل؛ لأن أهل بغداد [لا] ينقرضون، وكذلك لو قال: على الزمنى، والعميان، فالوقف باطل. وذكر الخصاف مسألة العميان، والزمنى في موضع آخر، وقال: الغلة تكون للمساكين، ولا تكون للعميان والزمنى، وقال: لأنه قال: صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا، وكذلك لو وقف على قراء القرآن، أو على الفقهاء، فهو باطل؛ لأن فيهم الفقير والغني، ولا يحصون، وفي وقف هلال أن الوقف على الزمنى والمنقطع صحيح؛ لأنهم يتأبدون، ويكون للفقراء منهم، دون

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

الأغنياء.

١٠٩٠٧- قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: الوقف على معلم المسجد يعلم الصبيان فيه لايجوز؛ لأنه مجهول، ولا يشترط فقره، يعنى لا يشترط فقره فى الوقف، وبعض مشايخنا قالوا: يجوز؛ لأن عامتهم الفقراء، والفقر فيهم الغالب، فصار بحكم الغلبة الفقر كالمشروط. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: كان القاضى الإمام يقول: وعلى هذا القياس إذا وقف على طلبة علم كورة كذا، أو محلة كذا، يجوز، ولم يشترط فقرهم؛ لأن عامتهم الفقراء، والفقر فيهم غالب، فصار الفقر كالمشروط.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الوقف: الحاصل فى جنس هذه المسائل: إنه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على الفقر أو الحاجة، فالوقف صحيح، سواء كانوا يحصون أولا يحصون.

[قوله: سواء كانوا يحصون أولا يحصون][1] يشير إلى أن التأبيد ليس بشرط، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه، ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الغنى والفقير، يعنى ذكر اسمًا يتناول الغنى والفقير، فإن كانوا يحصون، فذلك صحيح باعتبار أعيانهم، يريد به أنه يصح بطريق التمليك منهم، وإن كانوا لا يحصون، فهو باطل؛ لأنه لا يمكن تصحيحه وقفًا؛ لأنه لا يكون قصده الصدقة إذا كان يستوى فيه الغنى والفقير، ولو صح صح بطريق التمليك وهم مجهولون، والتمليك من المجهول باطل، قال: إلا أن يكون فى لفظه ما يدل على الحاجة فيما بين الناس، لا باعتبار حقيقة اللفظ، كاليتامى، فحينئذٍ إن كانوا يحصون فالأغنياء والفقراء فيهم سواء، وإن كانوا لا يحصون، فالوقف صحيح، ويصرف إلى فقراءهم دون أغنياءهم؛ لأن الاستعمال بمنزلة الحقيقية فى جواز تصحيح الكلام باعتباره.

١٠٩٠٨- قال الخصاف فى وقفه: إذا قال: أرضى هذه موقوفة على اليتامى، فهو وقف على فقراء اليتامى، وكذلك إذا قال: على الزمنى.

١٠٩٠٩- ولو قال: على يتامى بنى فلان، وهم بنو أب يحصون، فهذا باطل، يعنى لا يكون وقفًا، أما لا يكون تمليكا منهم، وإن كانوا لا يحصون، فهو جائز، وهى للفقراء منهم دون الأغنياء، وهذا بناء على ما ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى.

١٠٩١٠- فى "وقف الهلال": إذا قال: أرضى هذه موقوفة على الجهاد، أو على الغزو، أو فى أكفان الموتى، أو فى حفر القبور، أو غير ذلك مما يشبهها، فذلك جائز؛ لأن هذه

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

الوجوه مما تتأبد، فصار الوقف على هذه الوجوه بمنزلة الوقف على المساكين.

وفي وصايا "المنتقى": ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: إذا أوصى بثلثه في أكفان موتى المسلمين، أو في حفر مقابر المسلمين، فهذا باطل، ولو أوصى بثلثه في أكفان فقراء المسلمين، يجوز، وكذلك في حفر مقابرهم، وذكر ثمه أصلا، فقال: الوصية إذا وقعت للفقراء، لا يشترط العينية، بخلاف ما إذا وقعت[1] مطلقة.

١٠٩١١- وفي "وقف هلال": إذا وقف على ابن السبيل صح؛ لأنهم لا ينقطعون، ويكون لفقراء ابن السبيل دون أغنياءهم، كما في اليتامى.

١٠٩١٢- قال الخصاف: إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى، أو على زيد، أو على قرابتي، فالوقف باطل؛ لأنه جعل ذلك على شك. وكذلك لو قال: جعلتها صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على زيد أو عمر، ومن بعد ذلك على المساكين، فهو أيضًا باطل، ولو قال: جعلت أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على فلان حال حياته، أن الوقف جائز، وتكون الغلة لفلان ما دام حيًّا، فإذا توفي كانت [الغلة] للمساكين؛ لأنه قال: أبدًا، وكذلك إذا قال: على فلان، ولم يقل: في حياته، ولو قال: موقوفة على فلان بعد موتي سنة، فإنما يكون على ما قال سنة، ثم يرجع إلى الورثة؛ لأن هذه وصية.

١٠٩١٣- إذا قال: جعلت أرض فلان صدقة موقوفة على الفقراء، فبلغ ذلك صاحب الأرض، فأجازه، فإنه يكون وقفًا من قِبل مالكها، وإليه ولايتها.

١٠٩١٤- سئل الفقية أبو بكر رحمه الله تعالى أيضًا عمن وقف أرضًا على مصاحف موقوفة أن يصلح ما يندرس منه، قال: الوقف باطل؛ لأن هذا ليس من أوقاف الناس.

١٠٩١٥- في "وقف هلال": رجل اشترى أرضًا بيعًا جائزًا، ووقفها قبل القبض، ونقد الثمن، فالأمر موقوف، فإن أدى الثمن وقبضها، فالوقف جائز، وإن مات، ولم يترك ما لايباع الأرض، ويبطل الوقف، قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وهذه ثلاثة فصول: البيع والعتق والوقف، فالعتق قبل القبض ينفذ بلا توقف ويكون قبضًا، والبيع لا يصح قبل القبض عند محمد بلا توقف، والوقف يتوقف بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

وكان الفقيه أبو نصر محمد بن محمد بن سلام يقول: ينبغي أن يبطل الوقف [لا يتوقف][2] كالبيع، ولكن فرق بينهما هلال، ووجه الفرق أن الوقف يشبه العتق من حيث إنه لا

---

(١) كذا في "ظ"، وكان في النسخ جميعًا: وقف.

(٢) كذا في "ظ"، وكان في الأصل: لا يبطل، وهو خطأ.

يبطل بالشروط الفاسدة، ويشبه البيع من وجه، وهو أنه يحتمل النقض بعد وقوعه، فلشبهه بالعتق لا يبطل، ولشبهه بالبيع لا ينفذ، فقلنا بالتوقف، وهذا الجواب على قول من لم يشترط القبض لصحة الوقف ظاهر، وعلى قول من شرط القبض وهو محمد كان الوقف كالهبة، ومن وهب المشترى قبل القبض، وسلط الموهوب له على القبض، صح، كذا الوقف.

نوع من ذلك فى تعليق الوقف بالشرط:

١٠٩١٦- ذكر فى "فتاوى أبى الليث": أنه إذا قال الرجل: إن مت من مرضى هذا فقد وقفت أرضى هذه، لا يصح برأ أو مات، فرق بين هذا وبين ما إذا قال: إن مت من مرضى هذا اجعلوا أرضى هذه وقفًا، والفرق أن فى الفصل الأول علق الوقف بالشرط، وتعليق الوقف بالشرط باطل، وفى الفصل الثانى علق التوكيل بالشرط [وتعليق التوكيل بالشرط][1] صحيح، وعلى هذا إذا قال: إن دخلت هذه الدار، فقد جعلت أرضى هذه وقفًا، لا يصح، ولو قال: إن دخلت فاجعلوا أرضى هذه وقفًا، يصح؛ لما مر.

١٠٩١٧- ذكر الخصاف فى وقفه: إن كان غدًا فأرضى هذه صدقة موقوفة، فهو باطل، قال: لأنه لم يجعلها وقفًا الساعة، ولو قال: إذا قدم فلان، إذا كلمت فلانًا فأرضى هذه صدقة، فإن هذا يلزمه، وهو بمنزلة اليمين والنذر، فإنه إذا وجد الشرط، وجب عليه أن يتصدق بالأرض، ويكون وقفًا.

١٠٩١٨- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة إن شاء فلان، وقال فلان: قد شئت، فهو باطل.

١٠٩١٩- فى "فتاوى أبى الليث" رجل ذهب له شيء، فقال: إن وجدته، فللّه على أن أقف أرضى على أبناء السبيل، فوجدها، يجب عليه أن يوقف؛ لأن هذا نذر، والوفاء بالنذر واجب، فإن وقف، فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن وقف على الأجانب، أو على القرابة التى يجوز إعطاء الزكاة إليها، أو على القرابة التى [لا][2] يجوز إعطاء الزكاة إليها، ففى الوجه الأول والثانى جاز، وفى الوجه الثالث [لا][3]؛ لأن صرف الصدقة الواجبة إلى من لا يجوز

---

(١) وفى "ف" و"م": رجوعه مكان وقوعه.

(٢) كذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: لا يبطل وهو خطأ.

(٣) كذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: لا يبطل وهو خطأ.

إعطاء الزكاة إليه لايجوز، فلو وقف على القرابة التى لا يجوز إعطاء الزكاة إليها، فالوقف صحيح، وأما النذر باقٍ؛ لأنه لم يؤدّ المنذور.

نوع من ذلك فى وقف المنقول:

١٠٩٢٠- يجب أن يعلم أن وقف المنقول تبعًا للعقار جائز، بأن جعل أرضه وقفًا مع العبيد، والثيران الذين يعملون فيها، ويصير وقفًا تبعًا للعقار، وأما وقفه مقصودًا إن كان كراعًا، أو سلاحًا، يجوز، ويعنى بالسلاح جنس السلاح، ويعنى بالكراع جنس الخيل والإبل، وإن كان سوى ذلك، إن كان شيئًا لم يجز التعارف بوقفه، كالثياب والحيوان، لا يجوز عندنا، وإن كان متعارفا، كالفأس والقدوم، وثياب الجنازة، وما يحتاج إليه من الأوانى والقدور فى غسل الموتى، أو المصحف لقراءة القرآن، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يجوز، وقال محمد: يجوز، وإليه ذهب عامة المشايخ، منهم شمس الأئمة السرخسى، وذكر فى "شرح كتاب الوقف"، فقال: ما تعارفه الناس، وليس فى عينه نص يبطله، فهو جائز، كما فى الاستصناع، وغير ذلك.

١٠٩٢١- قال شمس الأئمة الحلوانى: إذا وقف أوانى غسل الموتى، أو ثيابًا بالتجفيف الموتى، يجوز، وإذا وقف غطاء يغطى الميت [وغير ذلك، قال شمس الأئمة][1] إذا حمل على الجنازة لا يجوز؛ لأنه لا حاجة للميت إلى ذلك.

١٠٩٢٢- وروى الفقيه أبوجعفر الهندوانى: إذا جعل ظهر دابته، أو غلة عبده فى المساكين، لا يصح فى قول علماءنا رحمهم الله تعالى، أما على قول أبى يوسف[2]: فلأنه لا يرى الوقف فى المنقول إلا فى الكراع.

سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عن وقف الكتب، قال: كان محمد ابن مسلمة[3] لا يجيز، ونصير كان يجيزه، وقد وقف كتبه، وكان الفقيه أبوجعفر يجيز ذلك، وبه نأخذ.

١٠٩٢٣- وسئل عمن وقف بقرة على رباط على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى أبناء السبيل، قال: إن كان فى موضع يغلب ذلك فى أوقافه، رجوت أن يكون جائزًا، ومن

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ف".

(٢) وفى "ف": أبى حنيفة مكان أبى يوسف.

(٣) وفى "ف": محمد بن سلمة.

المشايخ من قال بالجواز مطلقًا، قالوا: لأنه جرى [التعارف][1] في ديار المسلمين بذلك.

وفي "الواقعات": ذكر هلال البصري في وقفه وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز، وهو الصحيح، وكذلك وقف الكردار بدون وقف الأصل لايجوز، هو المختار؛ لأن الكردار والبناء منقول، ووقفهما غير متعارف.

١٠٩٢٤- وإذا كان أصل البقعة موقوفة على جهة قربة، فبنى عليها بناء وقف بناها على جهة القربة أخرى، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لايجوز، لأن جهة القربة إذا اختلف، لا يصير البناء تبعًا للبقعة، فأشبه ما إذا كانت البقعة له، واستيفاءها لنفسه. وقال بعضهم: يجوز؛ لأن جهات القربة وإن اختلفت، فأصل القربة يجمعها، واختلاف الجهة لا يوجب اختلاف الحكم بعد إثبات أصل القربة. [هذا] كما قلنا في سبعة نفر نحروا بقرة، أو بدنة، ونوى بعضهم الأضحية، وبعضهم: هدى المتعة أو القران، وبعضهم: جزاء الصيد وبعضهم: التطوع، جاز لوجود أصل القربات، وبمثله لو نوى بعضهم اللحم، لايجوز، كذا هنا.

١٠٩٢٥- وأما إذا وقف البناء على جهة واحدة، فأما إذا غرس شجرة، ووقفها إن غرسها في أرض غير موقوفة، فلا يخلو إن وقفها بموضعها من الأرض صح تبعًا للأرض بحكم الاتصال، وإن وقفها دون أصلها، لم يصح، وإن كانت موقوفة، فوقفها على هذه الجهة، جاز، وإن وقفها على جهة أخرى، فعلى الاختلاف الذي مر، وهذا لأن الشجرة نظير البناء من حيث إن قيامها بالأرض، وهي تبع للأرض بحكم الاتصال كالبناء.

١٠٩٢٦- ذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف أرضًا، ومعها رقيق يعملون فيها، ينبغي أن يسمي الرقيق في الوقف، ويبين عددهم، وكذلك إذا كان في ذلك بقر ينبغي أن يسمي البقر، ويبين عددهم، وينبغي أن يشترط في الصدقة أن نفقة الرقيق والبقرة من غلة الأرض، وإن لم يشترط نفقتهم من غلة الأرض، فإن ضعف بعض الرقيق عن العمل، فإن له أن يبيعه ويشتري بثمنه غلامًا مكانه، فإن لم يجد بثمنه غلامًا مكانه، فأراد أن يزيد في ذلك من غلة الأرض، فلا بأس بذلك؛ لأن ذلك عمارة الأرض، وكذلك الحكم في الدواب، وآلات الزراعة إذا وقف مع الأرض، ولولاة الصدقة أن يعملوا ذلك.

١٠٩٢٧- وفي وقف الأنصاري وكان من أصحاب زفر: إذا وقف الدراهم أو الطعام، أو ما يكال أو يوزن، أنه يجوز، ويدفع الدراهم مضاربة، ويتصدق بفضلها في الوجه الذي

---

(١) هكذا في "ف" و "ظ"، وكان في الأصل: العرف مكان التعارف.

وقف عليه، وما يكال أو يوزن يباع، ويدفع ثمنه مضاربة. فعلى هذا القياس إذا قال: هذا الكرّ من الحنطة وقف على شرط أن يقرض الفقراء الذين لا بذر لهم أن يزرعوها لأنفسهم، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدًا على هذا السبيل، فهذا جائز، ومثل هذا كثير في الجبال التي في ناحية نهاوند.

١٠٩٢٨- وفيه أيضًا: أن وقف الأكيسة جائز، ويدفع الأكيسة إلى الفقراء، فينتفعون بها في أوقات لبسها في الشتاء، ثم يردونها إلى القيم.

١٠٩٢٩- وسئل أبونصر عمن وقف دارًا، وفيها حمامات يطرن ويرجعن قال: يدخل في الوقف الحمامات الأهلية، في "فتاوى أبي الليث".

وفيه أيضًا: لو وقف برج حمام أرجو أن يكون جائزًا؛ لأن الحمامات وإن كانت منقولة إلا أنها تصير وقفًا تبعًا للبيت، كما لو وقف ضيعة بما فيها من الثيران والعبيد، وكذلك لو وقف بيتًا فيه كورات العسل، يجوز، ويصير النحل وقفًا تبعًا للبيت والعسل، ويجب أن يكون تأويل هذه المسألة أن يوقف البيت والبرج بما فيه من النحل والحمام، كما في وقف الأرض من العبيد والثيران.

١٠٩٣٠- إن وقف كراسه على مسجد للفقراء، أو على [أهل][1] المسجد، فالوقف على المسجد جائز، والوقف على أهل المسجد إن كانوا يحصون يجوز أيضًا.

١٠٩٣١- وفي الوقف للحسن بن زياد: إذا اشترى مصاحف، وجعلها في المسجد الحرام، أو في غيره من المساجد وقفًا مؤبدًا لأهل ذلك المسجد، ولجيرانه، ولمارّة الطريق، وابن السبيل، يقرأون فيها، فهو جائز في قول أبي يوسف.

نوع منه فيما يدخل في الوقف من غير ذكر:

١٠٩٣٢- ذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف الرجل أرضًا في صحته على وجوه سماها، ومن بعدها على الفقراء، فإنه يدخل في الوقف البناء والنخيل والأشجار، وذكر القاضي الإمام شمس الأئمة محمود الأوزجندي في [شرح][2] كتاب الوقف لهلال: أن الشجر الذي لا ثمر له، ولا غلة، ففي دخوله في وقف الأرض روايتان، وأما الثمر هل يدخل في وقف الأشجار؟ ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الرهن: ذكر هلال عن محمد رحمه

---

(١) أثبتت هذه الكلمة من "ف".

(٢) هكذا في "ف".

الله تعالى أنه يدخل، وعلل، فقال: لا صحة للعقد إلا بعد دخوله، فيدخل ضرورة، كما دخل في الرهن، قال رحمه الله تعالى: وأكثر مشايخنا على أنه لا يدخل، وهكذا ذكر الخصاف.

١٠٩٣٣- وإن وقف الأرض واستثنى الأشجار التي فيها لا يجوز الوقف؛ لأنه صار مستثنى الأشجار بمواضعها، فيصير الداخل تحت الأرض مجهولا.

١٠٩٣٤- وأما الزرع هل يدخل في وقف الأرض؟ حكى عن الفقيه أبي بكر رحمه الله تعالى: إن لم يكن للزرع قيمة يوم الوقف دخل، وإن كان له قيمة لا يدخل ما لم يذكر، وذكر هلال أنه لا يدخل من غير فصل، وهكذا ذكر الخصاف، قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

١٠٩٣٥- قال الخصاف: ولو كان فيها بقلا، أو رياحين، لا يدخل في الوقف، ولو كان فيها قصب، أو غيضة، أو خلاف، فما كان يقطع في كل سنة، لا يدخل في الوقف، وما كان يقطع في كل سنتين، أو ثلاث يدخل.

١٠٩٣٦- والشرب لا يدخل إلا إذا ذكره، أو ذكر الأرض بحقوقها، أو بكل قليل، أو كثير هو لها. وأما الرطاب: فما كان [من رطبه، فقد طلعت فهي للواقف، وما كان من أصول ذلك][1] فهو داخل في الوقف، وكذلك الباذنجان، والقطن، إلا أن يكون شجر القطن يحذُّ كل سنة، فإن كان كذلك لا يدخل. ويصل العبهر والزعفران يدخل في الوقف، وقصب السكر لا يدخل؛ لأنه يقطع في كل سنة، فهو كالزرع، وشجر الورد والياسمين يدخل في وقف الأرض، والرحا في الضيعة يدخل في وقف تلك الضيعة، ورحا الماء، ورحاء اليد في ذلك على السواء، وكذلك الدواليب تدخل، والدالية لا تدخل.

١٠٩٣٧- وفي وقف الدار إذا لم يذكر الدار بحقوقها، ولا بكل قليل وكثير هو لها فيها ومنها من حقوقها يدخل ما كان يدخل في بيع الدار.

١٠٩٣٨- وفي وقف الحمام يدخل قدر الحمام، وفي وقف الحوانيت يدخل ما كان يدخل في بيعها، وخوابي الدباسين، وقدور الدباغين لا يدخل في الوقف، سواء كان في البناء أو لم يكن -والله أعلم-.

نوع منه في الأوقاف المضافة:

سئل الخصاف عمن قال: جعلت ضيعتي وحدودها صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا بعد

---

(١) هكذا في "ف" و"ظ".

سنة من هذا الوقف على المساكين، هل تكون الضيعة بعد مضى السنة وقفًا؟ قال: لا أحفظ عن أصحابنا رحمهم الله تعالى فى هذا شيئًا، وعندى أنه لاتكون هذه الضيعة وقفًا.

١٠٩٣٩- وإذا أوصى رجل بغلة بستانه لرجل عشر سنين، فمات، فجعل ابنه هذا البستان وقفًا صحيحًا بعد مضى هذه [العشر السنين، فهو جائز، وهو وقف، وكذلك إن قال الموصى: قدجعلت هذا البستان وقفًا بعد مضى هذه السنين][1]، وهويخرج من ثلثه، فهوجائز.

١٠٩٤٠- ولو أن رجلا آجر ضيعة له سنين، ثم إنه جعلها بعد ذلك صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على سبيل سماها، ثم بعد ذلك على المساكين، قال: ليس لصاحب الأرض أن يطيب ما عقد عليه من الإجارة، وكانت الضيعة وقفًا على ما جعلها عليه من الوقف الذى وقفها.

١٠٩٤١- ولو أن رجلا رهن ضيعة له من رجل، ثم أنه وقفها وقفًا صحيحًا، وإذا افتكها الراهن، فالوقف جائز نافذ، وإن لم يفتكها حتى مضت سنة، أو سنتان لايبطل الوقف حتى لو افتكها بعد ذلك، فإن مات صاحب الضيعة فى فصل الإجارة والرهن قبل الإفكاك، ففى فصل الرهن إن كان له مال غير الضيعة، أدى الدين من ماله، وكانت الضيعة وقفًا، وإن لم يكن له مال غير هذه الضيعة، بيعت الضيعة فى الدين، ويبطل الوقف.

١٠٩٤٢- وأما فى فصل الإجارة: الإجارة تنتقض بموت الآجر أو المستأجر، وكانت الضيعة وقفًا، فإذا اشترى ضيعة على أن البائع بالخيار، فوقفها، ثم أجاز البائع البيع، لم يجز الوقف -والله أعلم-.

نوع آخر منه فى بيان ما لا يجوز من الأوقاف لمعنى فى الواقف:

١٠٩٤٣- رجل حجر عليه القاضى لسفهه، أو لدين عليه، فوقف أرضًا، لم يجز؛ لأنه إنما حجر عليه القاضى لئلا يبذر ماله، ولا يخرجه من ملكه.

١٠٩٤٤- وفى "الفتاوى": صبى محجور عليه وقف أرضًا له، قال الفقيه أبو بكر: وقفه باطل إلا بإذن القاضى، وقال الفقيه أبو القاسم: وقفه باطل، وإن أذن له القاضى؛ لأنه تبرع، فصار كالهبة والصدقة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ف" و "ظ".

فهرس الموضوعات
للمجلد الثامن من المحيط البرهانى